

Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctors iuris utriusque

an der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Marc Christen

von Bern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctors iuris utriusque

an der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Marc Christen

von Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 12. Mai 1949 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Huber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



Inhaltsverzeichnis

Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht

Das Regal

§ 1	<i>Das Regal im allgemeinen</i>	9
	I. Entwicklung	9
	II. Wesen und Inhalt	12
§ 2	<i>Das Wasserregal im besonderen</i>	22
§ 3	<i>Das Fischereiregal im besonderen</i>	25
§ 4	<i>Das Jagdregal im besonderen</i>	29
	Das Bergregal	38
	Bergwerke — Kantonales und Bundesrecht	41

Regal — Polizei — Handels- und Gewerbefreiheit

§ 5	<i>Die Polizei</i>	48
§ 6	<i>Handels- und Gewerbefreiheit</i>	54
§ 7	<i>Regal-, Handels- und Gewerbefreiheit</i>	62

Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen im allgemeinen

§ 8	<i>Der Bundesstaat</i>	70
§ 9	<i>Die Kompetenzausscheidung im schweizerischen Bundesstaat</i>	76

Die Kompetenzabgrenzung in Bezug auf die Wasserkräfte

I. Abschnitt: Art. 24bis B.V.

§ 10	<i>Zustandekommen der Verfassungsänderung</i>	79
§ 11	<i>Bundesverfassung Art. 24 bis</i>	81

II. Abschnitt: Gesetzgebung und Verwaltung

§ 12	<i>Die Verfügung über die Gewässer</i>	88
§ 13	<i>Die Benutzung der Gewässer</i>	101
§ 14	<i>Die Verleihung von Wasserrechten</i>	107
§ 15	<i>Zusammenfassung der Abgrenzung der gerichtl. Zuständigkeiten</i>	115

Die Kompetenzabgrenzung in Bezug auf die Fischerei und Jagd

I. Abschnitt

§ 16	<i>Die Kompetenzabgrenzung durch Art. 25 B.V.</i>	118
------	---	-----

II. Abschnitt

§ 17	<i>Die Kompetenzabgrenzung im Fischereigesetz</i>	121
A.	Geltungsbereich des Gesetzes	124
I.	Bund — Kanton	124
II.	Oeffentliche und private Fischgewässer	125
III.	Interkantonale und internationale Gewässer	125
B.	Bestimmungen gegen übermäßige Befischung der Gewässer	126
I.	Verbot gewisser Fanggeräte und Fangweisen	126
II.	Zeitliche Einschränkungen	126
III.	Oertliche Einschränkungen	128
IV.	Mindestmass für den Fang von Fischen	128
C.	Bestimmungen gegen Schädigung der Fischerei durch andere Nutzniesser der Gewässer	128
a)	Reinigung und Trockenlegung von Wasserläufen	128
b)	Wasserbau	129
c)	Holzflösserei	129
d)	Verunreinigung der Gewässer	129
D.	Massnahmen zur Förderung der Fischerei und Fischzucht	130
I.	Die künstliche Fischzucht	130
II.	Bekämpfung fischereischädlicher Tiere	130
III.	Schutz wertvoller ausländischer Fischarten	130
IV.	Ermächtigung des Bundesrates zum Erlass besonderer Schonbestimmungen	130
V.	Fischereiaufsicht	131
VI.	Bundesbeiträge	131
E.	Strafbestimmungen	131
	Kantonale Gesetzgebung — Vollzug des B.G.	132
§ 18	<i>Kritik und Ausblick</i>	133
I.	Wirkungen des Gesetzes	133
II.	Die Verunreinigung der Gewässer	133

III. Abschnitt

§ 19	<i>Die Kompetenzabgrenzung im Jagdgesetz</i>	136
I.	Die Jagdberechtigung	137
II.	Die Ausübung der Jagd	139
a)	Jagdbare und geschützte Tiere	139
b)	Jagdzeiten	140
c)	Haftung für Jagdschaden	141
III.	Wild- und Vogelschutz	142
IV.	Schutz gegen Wildschaden	143
V.	Die Jagdpolizei	144
a)	Jagdpolizei und Oberaufsicht	144
b)	Vollzug des Jagdgesetzes und das Aufsichtsrecht des Bundes	145
VI.	Das Jagdstrafrecht	149
§ 20	<i>Die Kompetenzabgrenzung auf dem Gebiet des Zivilrechts</i>	152
§ 21	<i>Kritik und Ausblick</i>	154

Literaturverzeichnis

I. Allgemein

- Brügger Friedrich*: Die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen. Dissertation iur., Freiburg 1922.
- Burckhardt Walter*: Kommentar der B.V., 1931. — Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1944. — Die Unvollkommenheit des Völkerrechts. — Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht. — Grundsätze über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kanton. Z.b.J.V. Bd. 68 Heft 7.
- Eder Carl*: Die Verfassungsmässigkeit der kantonalen und kommunalen Monopolanstalten auf der Grundlage von Art. 31 B.V. Dissertation iur., Heidelberg 1917.
- Fleiner Fritz*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1919 — Zürich 1939. — Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.
- Göschke R.*: Die bernische Staatsverwaltung, 1942.
- Huber Hans*: Der Kompetenzkonflikt zwischen Bund und den Kantonen. Dissertation iur., 1926.
- Imboden Max*: Bundesrecht bricht kantonales Recht (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N. F., Heft 77).
- Jellinek Walter*: Verwaltungsrecht, 1928.
- Laband*: Staatsrecht des deutschen Reiches, III, 1913.
- Löffler Felix*: Die Entwicklung der eidgenössischen Bundeskompetenzen seit 1874. Dissertation iur., Basel 1946.
- Mayer Otto*: Deutsches Verwaltungsrecht, 1917, 2 Bände.
- Merkel Adolf*: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927.
- Ruck E.*: Schweizerisches Staatsrecht, 1939. — Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1939.
- Spahn Carl A.*: Staatsmacht und Individualsphäre, 1944.
- Streuli Hans*: Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kanton auf dem Gebiete der Gesetzgebung. Dissertation iur., Zürich 1932.
- Handbuch* der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. I und II, 1939.
- Handwörterbuch* der schweizerischen Volkswirtschaft, 1903, 4. Bd. Herausgegeben von Dr. iur. N. Reichesberg.
- Handwörterbuch* der Staatswissenschaften, Verlag Gustav Fischer, Jena 1923.
- Staatslexikon*. Herausgegeben von Hermann Sacher, 1926, Freiburg im Breisgau.
- Wörterbuch* des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Herausgegeben von Prof. Dr. Max Fleischmann, Tübingen 1911 (zit. W.d.V.).
- Handwörterbuch* der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elften, Berlin und Leipzig 1926.
- Weitere Literatur im Text.

II. Deutsch-schweizerische Rechtsgeschichte

- Fehr Hans*: Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Auflage, Berlin 1943.
Gierke Otto: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905.
Heusler Andreas: Institutionen des deutschen Privatrechts, 2 Bände, Leipzig 1895/96.
Huber Eugen: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1839.
Hübner Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Auflage, Leipzig 1919.
Rennfahrt Hermann: Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, 4 Teile. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, n. F.
v. Schwerin Claudius: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1919.

III. Regal — Polizei — Handels- und Gewerbefreiheit

- Bietenholz Walter*: Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Dissertation iur., Zürich 1945.
Germann Joseph: Eidgenössisches und St. Gallisches Forstrecht, Dissertation iur., Freiburg 1928.
Roth Johann: Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen, Dissertation iur., Zürich 1947.
Schmid: Ueber dingliche Rechte. Archiv für zivile Praxis, Bd. 44.
Strahm Hans: Die Regalien im ältern Stadtrecht von Lausanne.
Schürmann Leo: Wirtschaftsartikel, 1946.
Voigt Heinz A.: Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Dissertation iur., Zürich 1945.

IV. Bergregal — Bergwerke

- Arndt Adolf*: Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, Halle 1879.
Bauer E.: Staat und Bergbauberechtigung in der Schweiz, 1931.
Couchepin L.: Le droit minier en Suisse dans ses rapports avec le code civil. Edition Mercure, Zürich 1922.
Huber Eugen: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.
Karrer H.: Das Bergbauregal im Kanton Aargau, Zürcher Disseration, 1922.
Schmid H.: Das Bergrecht der Schweiz, erschienen in der schweizerischen Juristenzeitung, XVII (1920/21), S. 57 ff., 85 ff., 102 ff.

V. Nutzbarmachung der Wasserkräfte

- Flückiger P.*: Zur Abgrenzung der Rechtsverhältnisse zwischen Quelleneigentümer und Konzessionär am Wasserlauf. Monatszeitschrift für bernisches Verwaltungsrecht.
Geiser K. und Abbühl: Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, 1921.
Hilty Edgar: Das schweizerische Wasserrecht.
Huber E.: Gestaltung des Wasserrechts. Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F., 1919.
Hydro Electricus: Die Sicherung einer genügenden Elektrizitätsversorgung, Rorschach 1947.
Isler Reinhard: Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Wasserkraftausnutzung, Dissertation iur., Zürich 1935,

Lardelli A.: Aktuelle Wasserrechtsfragen. Schriftenreihe der demokratischen Partei Graubündens, Heft 8, 1947.

Muff Josef: Das Wasserrecht im Kanton Luzern, Dissertation iur., Bern 1911.

Wieland Otto: Die Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden, Chur 1941.

VI. Fischerei

Aeschbacher Paul: Die Geschichte der Fischerei am Bielersee.

Leuthard Paul: Die Fischereirechte im Freiamt und in Mellingen, Dissertation iur., Zürich 1928.

v. Liebenau Th.: Geschichte der Fischerei in der Schweiz, Bern 1897.

Maag Adolf: Fischerei, Wildstand und Naturschutz im Kanton Zürich, 1915.

Peter Hans: Die Fischereiberechtigung nach schweizerischem Recht, Dissertation iur., Zürich 1907.

Schmid H.: Hilfe unsern Gewässern.

Stoffel Felix: Die Fischereiverhältnisse des Bodensees, 1906.

Winiker Vinzenz: Die Fischereirechte am Vierwaldstättersee, Dissertation iur., Bern 1908.

Zumbach Ernst: Die Fischereirechte des Aegerisees, Dissertation iur., Freiburg i. Schw., 1922.

VII. Jagd

Blanc Louis: Le régime de la chasse dans le canton de Fribourg. Thèse en droit, 1930.

Fierz Albert: Geschichte und System der schweizerischen Jagdstrafgesetzgebung, Dissertation iur., 1900.

Jörimann Paul: Das Jagdrecht gemeiner drei Bünde, Dissertation iur., Bern 1926.

Kaegi Max: Das schweizerische Jagdrecht, Dissertation iur., Zürich 1911.

Kurmann Josef: Geschichte und System des luzernischen Jagdrechts, Dissertation iur., Freiburg i. Schw. 1944,

Hämmerli Willi: Das zürcherische Jagdrecht unter besonderer Berücksichtigung der Jagdgesetzgebung des Bundes, Dissertation iur., Zürich 1940.

VIII. Praxis und Zeitschriften

Bundesgerichtsentscheide (B.G.E.)

Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.

Schweizerische Juristenzeitung (S.J.Z.).

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Z.b.J.V.).

Abhandlungen zum schweizerischen Recht.

Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht

Das Regal

§ 1 Das Regal im allgemeinen

I. Entwicklung

Der Begriff des Regals lässt sich nicht allgemein und einheitlich bestimmen. Er ist örtlich und zeitlich erheblichen Schwankungen unterworfen gewesen.

Schon lange bevor der Ausdruck für gewisse Rechte gebraucht wurde, waren diese tatsächlich vorhanden.¹⁾ Dem Wort begegnen wir zum erstenmal im frühen 12. Jahrhundert. Anlässlich des Erscheinens Heinrichs des V. zur Kaiserkrönung in Rom 1111, schloss dieser mit Papst Paschalis II. einen Vertrag zur Regelung des Investiturstreites ab.

Ganz allgemein verstand man damals unter «regalia», wie schon der Wortlaut sagt, die dem König als dem Träger der obersten Gewalt vorbehaltenen Rechte.²⁾ Dies im Gegensatz zum königlichen Dominialbesitz, der auf rein privatrechtliche Erwerbsgründe zurückging.

Nach diesem Vertrag zur Regelung des Investiturstreites hatten die Bischöfe alle Regalien, die sie vom Reiche erworben hatten, zurückzugeben. Der König wollte dafür die Wahl freigeben und auf die Investitur verzichten.³⁾

Im Wormserkonkordat behält das Wort den gleichen Sinn bei.⁴⁾ Wie buntscheckig der Inhalt des Begriffs «Regalien» war, zeigt uns die Aufzählung in der von Friedrich I. auf dem Ronkalischen Reichstag 1158 erlassenen Konstitution. Hier werden in freiem Durcheinander das Wegrecht, das Münzrecht, das Recht an herren-

¹⁾ *Strahm*, S. 251.

²⁾ *Hübner*, § 38.

³⁾ *Strahm*, S. 231 ff.

⁴⁾ *Gierke*, Bd. II S. 396 ff. — *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff.

losem Gut und andere aufgezählt.⁵⁾ Immerhin ist hier schon eine etwas engere Fassung festzustellen, da es sich dabei in der Hauptsache um nutzbare Regierungsrechte handelt.

Wir stellen also fest, dass man sich zuerst die Herrschermacht als ein Bündel von vielen Hoheitsrechten vorstellte und dass der Begriff Hoheitsrecht dem Ausdruck Regal zu jener Zeit gleichbedeutend war.

Das Interesse an den nutzbaren Rechten unter diesen war begreiflicherweise von Anfang an am grössten.

In jener Zeit fand die Theorie des Patrimonialprinzips Anklang. Diese stellte die Staatsgewalt als Ausfluss des Eigentums an Grund und Boden dar und versuchte das Wesen des Staates auf diese Weise zu begründen.⁶⁾

Diese Einstellung blieb nicht ohne Wirkung auf die Regalien. Der Begriff erhielt dadurch eine ausgesprochene vermögensrechtliche Färbung. Es lag ferner im Interesse der Träger der Regalien, diese auszudehnen, um sich auf diese Weise neue Einnahmequellen zu schaffen. In der Folge wurden nutzbare Privatrechte verstaatlicht und vermögensrechtliche Befugnisse zu den Regalien gerechnet. Es geriet also immer mehr die vermögensrechtliche Verwendbarkeit dieser Rechte durch Verkauf, Verleihung, Verpfändung etc. in den Vordergrund. Unweigerlich musste diese Veräusserungsmöglichkeit gegen politische Vorteile und finanzielle Gegenleistungen zu einer Schwächung der Krone führen.

Viele dieser Rechte gelangten mit der Zeit, sei es auf rechtmässige Weise (Kauf etc.) oder auch durch Anmassung, an die Landesherren. Die Kurfürsten waren ja früher blosse königliche Beamte gewesen. Dann brachten sie die ihnen übertragene Amtsgewalt in ihren erblichen Eigenbesitz. Diese Entwicklung wurde noch durch die, allerdings nicht unbestrittene Ansicht, dass die Landesherren für die Erhebung der Einkünfte und deren Verwendung der Zustimmung der Stände nicht bedürften, gefördert.⁷⁾

Dieser tatsächliche Zustand fand in der goldenen Bulle von 1356 und später in den Wahlkapitulationen für den westfälischen Frieden für die Kurfürsten seine rechtliche Anerkennung.⁸⁾

⁵⁾ *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff.

⁶⁾ *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff.

⁷⁾ *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff.

⁸⁾ *Hübner*, S. 264.

In gleicher Richtung gingen die Bestrebungen der Juristen, eine Regalientheorie aufzustellen.⁹⁾ Dies war eine Lehre über den Umfang der Staatsgewalt. Die Anzahl der Regalien wurde entsprechend dem Mehr an Bedürfnissen und Machtfülle des Staates ausgedehnt. Damit versuchte man die Souveränität des Landesherrn zu stützen.

Welcher Unfug hier zum Teil getrieben wurde, wird uns klar, wenn wir vernehmen, dass man es bis auf 400 Regalien brachte.¹⁰⁾ Sicher hatte man vorwiegend den erwähnten vermögensrechtlichen Charakter der Regalien im Auge. Daneben dienten diese aber auch dazu, die staatliche Fürsorge für das gemeinsame Wohl zu fördern.

Dies wird mit ein Grund dazu gewesen sein, dass die Regalien in neuerer Zeit in höhere (*Regalia majora* oder *essentialia*) und in niedere (*Regalia minora* oder *accidentalia*) getrennt wurden.¹¹⁾ Zu den erstern rechnete man die allgemeinen Staatshoheitsrechte oder wie *Gierke* sich ausdrückt: «die dem Staat seinem Begriff nach zustehenden, grundsätzlichen, unveräußerlichen Majestätsrechte oder Hoheitsrechte». Zu den letzteren wurden die nutzbaren, weiter übertragbaren Finanzrechte gezählt, oder mit *Gierke*: «die vom Staat mehr zufällig erworbenen und an Privatpersonen verleihbaren nutzbaren Gerechtsame».

Der Hauptgrund für diese Unterscheidung ist aber sicher in der Entwicklung der Staatswissenschaft im 16. Jahrhundert zu suchen. Diese ging dazu über einen neuen Begriff der Staatsgewalt zu schaffen.

Das eigentliche Wesen der Staatsgewalt wurde von ihr in einer unmittelbar mit dem Dasein des Staates gegebenen unveräußerlichen und unteilbaren höchsten Macht erblickt.¹²⁾ Die Unterscheidung in höhere und niedere Regalien blieb aber eine unklare Grenzlinie. Mit der Auffassung, dass sich die Staatsgewalt durch Aufzählen ihres Inhaltes in Form von ungezählten Hoheitsrechten oder Regalien umgrenzen lasse, ist durch die neue Theorie aufgeräumt worden.¹³⁾

In der neuern Zeit wurde der Begriff Regalien auf die staat-

⁹⁾ *Hübner*, S. 264 ff.

¹⁰⁾ *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff. — *Hübner*, § 28.

¹¹⁾ *Gierke*, Bd. II S. 396 ff. — *W. d. V.*, Bd. II S. 1213 ff.

¹²⁾ *Gierke*, Bd. II S. 396 ff.

¹³⁾ *Jellinek G.*, S. 597. — *Hübner*, S. 264 ff.

lichen Hoheitsrechte, die in der allgemeinen Staatsgewalt aufgegangen waren, überhaupt nicht mehr angewandt.¹⁴⁾ Er wurde dadurch auf die früher als niedere Regalien bezeichneten Rechte eingeschränkt.

Der Liberalismus war seinem Wesen nach der Regalität feindlich gesinnt. Viele von ihnen verschwanden vollständig. Andere gingen als ausschliessliche Rechte des Staates zur Ausübung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten, namentlich zur ausschliesslichen Aneignung gewisser Gegenstände oder zum ausschliesslichen Betrieb bestimmter Gewerbe in die Neuzeit über.¹⁵⁾ Von den andern erlitten wir noch hier und da deren einstiges Dasein durch die Spuren, die sie in der modernen Gestaltung des Rechts zurückgelassen haben. (Forstwesen etc.)

II. Wesen und Inhalt

Wir haben heute unter Staatsgewalt oder Staatshoheit die grundsätzlich uneingeschränkte Kompetenz des Staates, zur Regelung sämtlicher Gebiete des gemeinschaftlichen und individuellen Lebens im Staat zu verstehen.¹⁶⁾

Daher sind heute die Regalien scharf von den sog. Hoheitsrechten zu unterscheiden. Denn diese sind begriffswesentliche Bestandteile der Staatsgewalt.

In was für einem Umfang der Staat die ihm zustehende uneingeschränkte Kompetenz in Anspruch nimmt, ist nicht von rechtlichen, sondern von politisch-wirtschaftlichen Gründen und Ueberlegungen abhängig.

Der Umfang ist in der Verfassung und der auf ihr beruhenden Gesetzgebung verankert. Von der herrschenden Meinung werden drei Grade der rechtlichen Einnischung des Staates in ein Lebensgebiet unterschieden.¹⁷⁾ Es ist dabei gar nicht ausgeschlossen, dass die einzelnen Typen nebeneinander in der gleichen Staatsgemeinschaft vorkommen.

a) Es gibt Gebiete, die von jeder rechtlichen Regelung frei sind (z. B. Gebiete des Familienlebens). Oder der Staat schafft bestimmte Rechtsinstitute, die er den Individuen anbietet, damit sie

¹⁴⁾ *Gierke*, Bd. II S. 393. — *Hübner*, S. 264.

¹⁵⁾ *Hübner*, S. 264 ff.

¹⁶⁾ *Ruck*, Staatsrecht, S. 21.

¹⁷⁾ *Merkel*, S. 302 ff.

mit ihrer Hilfe, nach freier Vereinbarung Berechtigungen und Verpflichtungen eingehen können (Privaterwerb).

b) Der Grad der rechtlichen Durchdringung des Gebietes kann weiter gehen. Z. B. es werden bestimmte Tätigkeiten nur unter Beobachtung einschränkender Vorschriften zugelassen und die Einhaltung der Vorschriften wird durch ein staatliches Organ kontrolliert (Polizei).

c) Wird eine gesellschaftliche Tätigkeit vom Staat entweder in Konkurrenz mit Privaten oder aber ausschliesslich vorgenommen, so liegt ein Maximum an Durchrechtlichung des Lebensgebietes vor.¹⁸⁾

Im letzteren Fall, wo die Privattätigkeit durch die staatliche Eigentätigkeit verdrängt wird, liegt ein Regal im weitesten Sinne des Wortes vor.

Als Ausgangspunkt unserer Betrachtungen haben wir die Staatsgewalt oder Staatshoheit gewählt. Aus ihr haben wir diese drei Möglichkeiten abgeleitet.

Das Regal unterscheidet sich von den beiden andern Möglichkeiten nur durch den Grad der Durchrechtlichung des Lebensgebietes. Es ist hier der dem Staat maximal mögliche Grad erreicht worden.

Der Zusammenhang mit der Staatshoheit oder Staatsgewalt liegt nur darin, dass es der Staat eben auf Grund der in der Staatshoheit liegenden unbegrenzten Kompetenz beanspruchen kann. Wieso spricht man aber trotzdem neben dem Regal noch von einer speziellen Hoheit? (z. B. Fischereihoheit). Diese Hoheit darf nicht als etwas von der allgemeinen Hoheit des Staates verschiedenes betrachtet werden. Sie hebt diese nur für das spezielle Gebiet hervor.¹⁹⁾ Sie besteht neben dem Regal als weiterer Begriff. Aus ihr, z. B. Fischereihoheit, fliesst die Kompetenz zur Fischereipolizei. Wenn wir von Fischereihoheit sprechen, so sagt uns das noch nichts über die Art und Weise, wie der Staat diese Kompetenz ausnützt. Sprechen wir dagegen von Fischereiregal, so ist uns sofort klar, dass der Staat von den ihm kraft seiner allgemeinen Staatshoheit zustehenden Möglichkeiten die des Regals gewählt hat, um seine Kompetenzen auszuüben.²⁰⁾

¹⁸⁾ *Merkel*, S. 302 ff.

¹⁹⁾ *Hämmerli*, S. 43.

²⁰⁾ *Merkel*, S. 302 ff.

Ergänzend müssen wir noch beifügen, dass der Begriff «Hoheitsrecht» wie der des Regals in der Literatur nicht immer die gleiche Bedeutung hat.²¹⁾

Damit kämen wir zum Inhalt des Regalbegriffs. *Gierke* sucht das Wesen des Regals mit folgenden Worten zu erfassen: «Regalien im Sinne des heutigen Rechts sind nutzbare Rechte, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschliesslich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis gilt. Sie sind aus besonderen Gründen mit der Staatsgewalt verbunden, ohne, dass sie ihr als begriffswesentlicher Bestandteil einverleibt wären.»²²⁾

Er geht also davon aus, dass der Staat das Recht kraft seiner Staatsgewalt an sich gerissen habe, dass aber trotzdem der Inhalt des Rechts privatrechtliche Befugnis bleibe. Der gleichen Auffassung ist *Eugen Huber*, der in den Regalien die Rechte sieht, welche der Staat für sich in Anspruch nimmt, aber als Privatrechte ausbeutet. Mit Ende des Mittelalters haben sie eine publizistische Gestaltung erhalten. Das heutige Regal habe den publizistischen Charakter ganz abgestreift und sei rein privatrechtlicher Natur.²³⁾

Diese Ansicht ist bestritten. Damit hier Klarheit geschaffen werden kann, müssen wir etwas weiter ausholen, um die Natur der staatlichen Tätigkeiten, die bei Ausübung des Regals vorgenommen werden, kennen zu lernen.

Die Staatsfunktionen sind Rechtsfunktionen. Der Unterschied zur gewöhnlichen Rechtsfunktion liegt darin, dass nicht ein Privatsubjekt das Recht anwendet, sondern ein Organkomplex. Dabei darf

²¹⁾ Es können darunter die für das Bestehen eines Staates begrifflich notwendigen Rechte im Sinne der Regalia majora in der nachmittelalterlichen Epoche gemeint sein. *Otto Mayer*, Bd. I § 3/5. Andererseits wird der Ausdruck ebenso häufig gebraucht, um die dem Staat zustehenden Aufsichts- und Polizeikompetenz zu nennen (z. B. Aufsicht in Fischereisachen, Fischereipolizei). *Gierke*, Bd. II S. 399. Unter Hohheitsrecht können wir aber auch jede verfassungsmässige Kompetenz verstehen, welche der Staat als Träger der dem Einzelnen übergeordneten Herrschaftsgewalt auszuüben berufen ist. *Heusler*, Institutionen. I S. 373. Statt das Hoheitsrecht seinem Inhalt nach zu betrachten, können wir auch auf den Grund seines Bestehens zurückgehen. Dann können wir jedes Recht, das dem Staat kraft einer objektiven Norm zusteht, als Hoheitsrecht bezeichnen. Zu diesen Betrachtungen diene mir die Dissertation von Fürspreh *R. Gmür*, Das Eigentum an den bernischen Fischenzen.

²²⁾ *Gierke*, Bd. II S. 396 ff.

²³⁾ *E. Huber*, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1889, Bd. III S. 625 ff.; Bd. IV S. 212 ff.

das Privatsubjekt (z. B. Mensch) von Rechts wegen alles, was ihm nicht ausdrücklich rechtlich verboten ist, das Organ, letztlich der Staat kann nur das, was ihm rechtlich ausdrücklich ermöglicht, was in seine Kompetenz gestellt ist, tun.²⁴⁾

In der Literatur finden wir folgende Unterteilung der Staatsfunktionen:²⁵⁾

Die Verwirklichung der Rechtsordnung ist einer Doppelorganisation anvertraut. Auf der einen Seite haben wir eine blosse Rechtsorganisation und auf der andern einen Organkomplex, den wir Staat nennen und der innerhalb dieser Rechtsorganisation besteht. Es bietet sich daher bei jeder vorgesehenen Rechtsfunktion die Wahl, diese entweder blossen Rechtsorganen zur Verfügung zu stellen, oder aber in die Kompetenz von Staatsorganen zu stellen. Diese Wahlmöglichkeit ist ziemlich unbeschränkt.

a) Als Ausnahmen werden hier allgemein diejenigen Rechtsfunktionen betrachtet, die der Staat trifft, um seinen Bestand und Ordnung und Ruhe zu erhalten und zu sichern, oder die Staatsfunktionen im engern Sinne, wie sie *Merkel* nennt,²⁶⁾ und als solche die Gesetzgebung, die Gerichtsbarkeit und Verwaltung im Rechtssinne aufzählt.

b) Der Staat hat aber auch Funktionen, die er ohne Zwangsausübung vollzieht und die vielfach im Gegensatz zur oben erwähnten Hoheits- oder Obrigkeitsverwaltung als wirtschaftliche oder kulturelle Verwaltung²⁷⁾ oder unmittelbare²⁸⁾ oder freie oder private Verwaltung bezeichnet wird. Diese ist allerdings nur relativ frei, tatsächlich aber auch rechtlich gebunden.

In beiden Fällen tritt der Staat als Träger öffentlicher Gewalt auf. Im zweiten Fall kann ihm auch ein privates Rechtssubjekt gegenüber stehen. Dieses ist aber seiner Befehls- und Zwangsgewalt unterworfen.²⁹⁾ In diese Gruppe haben wir die Tätigkeit des Staates bei Ausübung des Regals zu rechnen. Diese Staatsfunktionen unterscheiden sich von der ersten Gruppe dadurch, dass sie gemäss der Handels- und Gewerbefreiheit allen Privatsubjekten zustehen

²⁴⁾ *Merkel*, S. 161, 291 ff.

²⁵⁾ *Merkel*, S. 161 ff. — *O. Mayer*, Bd. I S. 120 ff.

²⁶⁾ *Merkel*, S. 299.

²⁷⁾ *Ruck*, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 35 ff.

²⁸⁾ *Kelsen* (in *Merkel*, S. 299).

²⁹⁾ *Merkel*, S. 299 ff.

könnte, vom reinen Privatrechtsverhältnis dadurch, dass dem Staat ein Ausschliesslichkeitsrecht zusteht.

c) Schliesslich ist es dem Staat auch möglich, bei gewissen Verhältnissen, wo er seine obrigkeitliche Gewalt gegenüber einem Privatsubjekt nicht geltend machen kann und als ein dem andern Beteiligten rechtlich gleichstehendes Privatrechtssubjekt dasteht, in ein Zivilrechtsverhältnis einzutreten.³⁰⁾ Z. B. der Staat schliesst einen Werkvertrag mit einem nicht unter Staatsregie stehenden Architekten oder Unternehmer ab. Es steht ihm aber kein Wahlrecht zu, ob er als privatrechtliches oder als öffentlichrechtliches Subjekt auftreten will.

Ob der Inhalt der Rechte aus den Regalien öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, war lange Zeit streitig und ist in einzelnen Punkten auch heute noch umstritten. In der Wissenschaft entstanden verschiedene Theorien darüber.³¹⁾

a) Wie schon erwähnt, war im germanischen Recht des Mittelalters ein Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht unbekannt. Daher war der Befehl, den die Obrigkeit vermöge eines ihr zustehenden Hoheitsrechtes einem Untertan erteilte, der Forderung, die dieser aus einem wohlerworbenen Rechte ableitete und der öffentlichen Gewalt gegenüber erhob, iuristisch gleichwertig. Obrigkeit und Volk hatten den gleichen Rechtsschutz.³²⁾

An diesem Zustand änderte auch der aufkommende Polizeistaat nicht viel. Immerhin suchten sich die Reichsfürsten durch Erlangung von kaiserlichen privilegia de non appellando der Gerichtsbarkeit der Reichskammergerichte zu entziehen. Dadurch geriet der Rechtsschutz des einfachen Bürgers ins Wanken. Durch die Lehre vom Fiskus suchte man diesem Uebelstande beizukommen. Diese nahm an, dass das öffentliche Vermögen weder dem Landesherrn noch dem Staate, sondern einer für sich unabhängig bestehenden iuristischen Person gehöre. Diese iuristische Person, die neben dem Staate, der nun seinerseits zur öffentlich-rechtlichen iuristischen Person gestaltet worden war, selbständig bestand, war privatrechtlicher Natur und hiess «Fiskus».³³⁾ Wenn wir hier, uns scheinbar widersprechend, von iuristischer Person des öffentlichen Rechtes

³⁰⁾ *Merkel*, *do. Ruck*, *do. O. Mayer*, Bd. I S. 120 ff.

³¹⁾ *Ruck*, *Verwaltungsrecht*, Bd. I S. 35 ff. — *O. Mayer*, Bd. I S. 120 ff.

³²⁾ *Fleiner*, *Institutionen*, S. 31 ff.

³³⁾ *Otto Mayer*, Bd. I S. 50 ff.

sprechen, so wollen wir nur die Unterscheidung der beiden Formen, in denen der Staat auftritt, besser hervorheben.³⁴⁾

Oeffentlichrechtlich können wir hier nur negativ verstehen, also nicht mehr zivilrechtlich.

Das Vermögensrecht wurde als Privatrecht angesehen und der Fiskus dementsprechend behandelt. Dadurch wurde es den Untertanen möglich, die Obrigkeit vor den Territorialgerichten zu verklagen, dies wenigstens soweit vermögensrechtliche Streitigkeiten in Frage kamen. Indirekt gelang es der Fiskustheorie sogar, den Untertanen Rechtsschutz gegen hoheitliche Akte der Obrigkeit zu gewähren. Sie zog bei Verletzung der wohlerworbenen Rechte der Bürger den Fiskus als Vertreter des Staates zu Schadenersatzleistungen heran.³⁵⁾

Die historische Entwicklung brachte es mit sich, dass dem Monarchen nur noch die Verwaltung zur eigenen Ausübung blieb. Die Justiz wurde selbständig und über beide stellte sich die Gesetzgebung. Dieser gelang es jetzt verwaltungsrechtliche Normen aufzustellen und so auch auf diesem Gebiet ein stabileres Verhältnis herzustellen. Es entstand öffentliches Verwaltungsrecht. Es wurden aber keine durchgreifenden Konsequenzen gezogen. Eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit fehlte und der Verwaltung traute man nicht zu, dass sie in ihren eigenen Sachen unabhängig urteilen könne. Die praktischen Folgen daraus waren, dass die Kompetenz der Zivilgerichte zur Beurteilung fiskalischer Streitigkeiten nicht erschüttert wurde.

b) Diese Kompetenz der Zivilgerichte blieb, trotzdem der Fiskus nunmehr ein Teil des Staates und dessen iuristischer Persönlichkeit war, also seine Selbständigkeit verloren hatte. Die gemischtrechtliche Theorie versuchte diesen praktischen Zustand iuristisch zu rechtfertigen.³⁶⁾ Sie lehrte, dass sich aus Rechtsverhältnissen, die ihrer Natur nach öffentlichrechtlicher Art sind, zivilrechtliche Ansprüche ergeben können. Es sei also möglich, dass ein Rechtsver-

³⁴⁾ Koch gibt dieser Ansicht mit treffenden Worten Ausdruck: «Der Staat tritt in zweifacher Hinsicht als iuristische Person auf, als Staatsgesellschaft zur Verwirklichung des Staatszweckes (Majestäts- und Hoheitsrechte) und als Erwerbsgesellschaft zur Herbeischaffung der Mittel zu diesem Zwecke. — Koch, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. I S. 170 (§ 60).

³⁵⁾ Fleiner, Institutionen, S. 31 ff.

³⁶⁾ Gierke, Bd. II S. 396 ff.

hältnis sowohl eine öffentlichrechtliche, als auch eine privatrechtliche Seite aufweise.

Pözl gibt diesem Gedanken mit folgenden Worten Ausdruck: «Auf Grund seiner öffentlichen Gewalt hat der Staat sich für befugt erachtet, die natürliche Freiheit oder das Eigentum der Untertanen in gewissen Beziehungen zu beschränken und daraus eine Einnahme für den öffentlichen Bedarf zu gewinnen: Der Grund der Zuständigkeit ist somit ein staatsrechtlicher, wenn auch das Objekt des Regals oder der Inhalt der einzelnen Berechtigung privatrechtlicher Natur sind.»³⁷⁾ Es war mit dieser Theorie gelungen, ein Rechtsverhältnis, das aus dem zivilrechtlichen Rahmen herausgewachsen war, aus dem Privatrecht herauszunehmen, gleichzeitig aber dasjenige Element, dem die damalige Gesetzgebung nur wenig Rechtsschutz bot, auf dem Boden des Zivilrechts zu behalten.³⁸⁾ Wenn sie auch die praktischen Bedürfnisse erfüllte, fand sie in der Theorie doch ihre Gegner.

c) Die öffentlichrechtliche Theorie der Regalien. Diese vertritt die Ansicht, dass die Gesamtheit der ausschliesslich dem Staate vorbehaltenen wirtschaftlichen Rechtsfunktionen grundsätzlich der Herrschaft des öffentlichen Rechts unterworfen sei. So schrieb *O. Mayer*: «Seit wir die zwei iuristischen Personen des Staates und des Fiskus wieder in eine einzige zusammengeworfen haben, ist es nicht mehr denkmöglich, dass dieses eine Rechtssubjekt zugleich als hoheitliche Macht und als gewöhnlicher Privatmann dem Untertanen gegenüberrete, beides in einem Atem.»³⁹⁾

Diesen Auseinandersetzungen wurde weitgehend der Boden entzogen, als man dazu übergang, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen, um so auch auf öffentlichrechtlichem Boden einen genügenden Rechtsschutz zu errichten. Die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit war nun nicht mehr, Vermögensschaden auszugleichen, sondern die Sicherung des dem Untertanen garantierten Rechtsbestandes.⁴⁰⁾ In der Schweiz, in der 26 verschiedene Verwaltungsgesetzgeber tätig sind, ging diese Entwicklung begreiflicher-

³⁷⁾ *Bluntschli-Brater*, Deutsches Staatswörterbuch, Bd. VIII S. 552 (Artikel von Pözl). — *Hämmerli*, S. 39 unten.

³⁸⁾ *Fleiner*, Institutionen d. V. R., S. 31 ff.

³⁹⁾ *O. Mayer*, Bd. I S. 120 ff.

⁴⁰⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 31 ff.

weise langsam vor sich.⁴¹⁾ Die neue Richtung ist aber gegeben und sie wird in Theorie und Praxis vertreten.

Ihrer Natur nach sind die Herstellung von Pulver, die Fischerei etc. einfach menschliche Tätigkeiten. Dem Staate steht es kraft seiner allgemeinen Staatsgewalt zu, eine solche Tätigkeit durch seine Rechtsnormen als öffentliche im Rechtssinne auszugestalten. Er entzieht diese Tätigkeiten, die sonst jedermann zustehen, der allgemeinen Zugänglichkeit und behält sie sich allein vor. Durch die gesetzliche Uebertragung einer gewerblichen Tätigkeit auf den Staat verliert diese ihren privatwirtschaftlichen Charakter. Sie wird zur staatlichen Verwaltungstätigkeit und ist als solche grundsätzlich der Herrschaft des Privatrechts entrückt.⁴²⁾

Peter schreibt in seiner Dissertation, dass diese dem Staat durch objektives Recht übertragene Kompetenz zur Ausübung des Fischfangs nicht ein «Recht» des Staates im Sinne des Privatrechts sei, dass sie überhaupt kein privatrechtliches Institut sei, und deshalb nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden dürfe. Die Regalität ist vielmehr ein Zweig der öffentlichen Verwaltung und öffentliches Recht kommt allein in Anwendung, denn der Vermögenswert, den das Regal für den Staat hat, spricht nicht für die privatrechtliche Natur des Regals und für die Anwendbarkeit von Privatrecht.⁴³⁾

Auch *O. Mayer* gibt dieser Ansicht mit folgenden Worten Ausdruck: «Es gibt keine öffentlichrechtliche Institute mit unmittelbarer zivilrechtlicher Wirkung. Die Wirkung ist ein Teil des Rechtsinstitutes und kann nicht anderer Natur sein, als dieses.⁴⁴⁾

Auch das Bundesgericht beginnt, nachdem es früher der historischen Entwicklung entsprechend die andern Ansichten vertreten hat, der öffentlichrechtlichen Theorie zu folgen. So vertrat es in einem älteren Entscheid noch die gemischtrechtliche Theorie.⁴⁵⁾ «Bei Beurteilung dieses Streitpunktes ist davon auszugehen, dass die Regalien nach heutigem Recht «nutzbare Rechte» sind, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechtes ausschliesslich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis

⁴¹⁾ *Ruck*, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 35 ff.

⁴²⁾ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1928, S. 623, 259 ff. — *Fleiner*, Institutionen S. 341, 51. — *O. Mayer*, Bd. I S. 55 ff. — *Hämmerli*, S. 40.

⁴³⁾ *Peter*, S. 7. spez. S. 12.

⁴⁴⁾ *O. Mayer*, Bd. I S. 55 ff.

⁴⁵⁾ *B.G.E.* 44. I. 168.

gilt.» Es schloss sich damit ganz der Auffassung *Gierke's* an. In einem Entscheid zuvor hatte es in einer schwankenden Einstellung nicht direkt Stellung zur Frage genommen und entschied sich daher noch nicht endgültig zur gemischtrechtlichen Theorie.⁴⁶⁾

Dann schwenkte es allmählich zur öffentlichrechtlichen Theorie über. In einem andern Entscheid⁴⁷⁾ erkannte es: «Es ist dadurch in Verbindung mit dem Beschluss des Staatsrates vom 29. Dezember 1917, dem Konzessionär vom Staate die Befugnis erteilt worden, ein staatliches Hoheitsrecht, nämlich die Wasserkräfte der Rhone, in bestimmtem Umfang zu nutzen. Eine solche Verleihung gehört grundsätzlich dem öffentlichen Recht an. Die Bindung des Konzessionärs folgt, auch wenn äusserlich die Form des Vertrags gewählt wird, in Wahrheit nicht aus einer vertraglichen Verständigung gleichgeordneter Parteien, sondern aus der Unterwerfung unter den von der übergeordneten Verleihungsbehörde festgesetzten Konzessionsinhalt.» Ähnlich entschied es in 63 II 46 f.

Hämmerli äussert sich dazu folgendermassen: «Werden die aus dem Regal abgeleiteten Nutzungsrechte Privater als öffentlichrechtlicher Natur anerkannt, so muss zwangsläufig auch das sie determinierende Rechtsinstitut, das Regal, der gleichen Art sein.»⁴⁸⁾

Wir haben früher unterschieden zwischen hohen und niederen Regalien. Wir haben aber noch eine weitere Unterscheidung vorzunehmen. Es ist dies diejenige zwischen grundherrlichen und Gewerbergalien.⁴⁹⁾ Mögen diese zwei Gruppen in der Literatur auch mit verschiedenen Namen bezeichnet sein, so ist man sich doch weitgehend darüber einig, dass sie auseinanderzuhalten sind. *Schollenberger* z. B. unterscheidet zwischen Regalien im engeren Sinne und Gewerbergalien oder Monopolen und versteht unter den erstern die grundherrschaftlichen Regalien, d. h. die Alleinrechte des Staates als Grundherr oder Nachfolger desselben an Grund und Boden bzw. an Teilen desselben (Bergregal) oder an Pertinenzen des Grund und Bodens oder des Wassers (Jagd- und Fischereiregal) oder am fliessenden Wasser (Mühlen-, Floss- und Fährregal).

Unter Gewerbergalien oder Monopolen dagegen versteht er

⁴⁶⁾ B.G.E. 33. I. 516.

⁴⁷⁾ B.G.E. 47. I. 226.

⁴⁸⁾ *Hämmerli*, S. 46.

⁴⁹⁾ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 399.

die Alleinrechte des Staates auf gewisse Betriebe.⁵⁰⁾ Diese bilden im Gegensatz zu den Regalien im engern Sinne einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit.

Lampert anderseits braucht die Ausdrücke Regalien (nutzbare Hoheitsrechte und als staatliche Wohlfahrtseinrichtungen ausgestaltete Unternehmungen).⁵¹⁾

Der Gesetzgeber ist sich selbst nicht immer ganz klar gewesen über die Bedeutung dieser Ausdrücke. Diese Tatsache wird es mit sich gebracht haben, dass wir in der B.V. (spez. alter Art. 31) Regal und Monopol ohne tiefern Sinn für beide Bedeutungen finden (z. B. Telephon- und Telegraphenregal, Münzregal, Banknotenmonopol). Beim Salzregal wäre dagegen der eine wie der andere Ausdruck am Platz, je nachdem, was wir darunter verstehen. Es fällt nämlich darunter sowohl die Gewinnung des Salzes als auch der Salzhandel. Wir halten hier zur Klärung der Lage fest: Unter Regalien können wir zweierlei verstehen:

- a) Grundherrschaftliche Regalien (Regalien im engern Sinne). Sie entfalten sich, wenn sie neu vom Staate beansprucht werden, auf Kosten des Eigentümers. Es fallen darunter das Berg-, Fischerei-, Jagd-, Wasser- und das Salzgewinnungsregal. Wenn wir den Begriff infolge der Strassenhoheit nicht als überflüssig betrachten, ist hier auch das Strassenregal einzureihen.⁵²⁾
- b) Gewerberegalien oder Fabrikationsmonopole (bzw. «als staatliche Wohlfahrtseinrichtungen ausgestaltete Unternehmungen»). Es fallen hierunter alle im ehemaligen Art. 31 B.V. und sonst in der B.V. dem Bunde vorbehaltenen Betriebe (Telephon-, Pulverregal, Banknotenmonopol etc. sowie das kant. Brandversicherungsmonopol und das Salzhandelregal). Die gewerblichen Regalien oder Monopole entfalten sich auf Kosten der Handels- und Gewerbefreiheit. Für diese zweite Kategorie wäre es unbedingt ratsam, den Ausdruck Regalien fallen zu lassen und sie alle als Monopole zu bezeichnen. Es würde dadurch ein Hindernis aus dem Wege geschaffen, das zu vielen Verwechslungen Anlass gibt.

⁵⁰⁾ *J. Schollenberger*, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1905, S. 277 ff.

⁵¹⁾ *Lampert*, Das schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 66.

⁵²⁾ Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements betreffend den Vorbehalt der kantonalen Regalien in Art. 31 der neuen Wirtschaftsartikel, 24. Nov. 1938.

Definitionen über das Regal gibt es, wie anderswo, beinahe so viele als Autoren, die sich mit diesen Fragen beschäftigt haben.⁵³⁾

Da wir uns zu den obgenannten Unterscheidungen bekennen, haben wir auch zwei verschiedene Begriffe zu umschreiben.

Wir verstehen unter Regal das Recht des Staates, durch einen öffentlichrechtlichen Rechtsatz eine nach allgemeiner Freiheit, einerseits

a) Privatsubjekten zustehende, nutzbare Erträgnisse bringende Tätigkeit (Gewerberegalien resp. Fabrikationsmonopole), andererseits

b) Privatsubjekten zustehende Ausübung nutzbarer Privatrechte (Regalien im engeren Sinn resp. grundherrschaftliche Regalien), ausschliesslich für sich in Anspruch zu nehmen und sie selbst ausüben oder durch Dritte ausüben zu lassen.⁵⁴⁾

§ 2 Das Wasserregal im besonderen

Ein kurzer Blick in die Geschichte zeigt uns die Bedeutung, die das Wasser von jeher im menschlichen Leben hatte. Wir fanden alle Ansiedlungen, seien es die der Römer oder die der Germanen am Wasser: sei es an einem See, an einem Fluss, oder doch zumindest in der Nähe einer Quelle.

Die erste rechtliche Erfassung des Wassers dürfte wohl so alt sein, wie das Recht selbst.

Unter Wasserrecht können wir den Inbegriff aller Rechtsnormen über das Eigentum, die Unterhaltungspflicht und die Benutzung von Wasserläufen sowie den Wasserschutz und die Ent- und Bewässerung verstehen.⁵⁵⁾

a) Man unterwarf der Regelung des Wasserrechts allgemein verschiedene Kategorien von Gewässern. Die Römer unterschieden zunächst zwei Kategorien. Die eine umfasst die stehenden, die wild abfliessenden und die nicht beständig fliessenden Gewässer, einschliesslich der Quellen und unterirdischen Wasseradern. Die andere Kategorie schliesst alle Wasserläufe (*rivi* und *flumina*) in sich.

⁵³⁾ O. Mayer, a. a. O. Bd. II S. 434. — Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 60 etc. etc.

⁵⁴⁾ Auch Gmür, a. a. O. unterscheidet in diesem Sinne.

⁵⁵⁾ *Staatslexikon*, 5. Bd. 1932, Wasserrecht, S. 1099 ff.

in welchen das Wasser sich zwischen zwei Ufern innerhalb eines Bettes beständig fortbewegt.⁵⁶⁾

Nach übereinstimmender Meinung waren die Gewässer der ersten Art unbestritten im Privateigentum der angrenzenden Liegenschaftseigentümer, oder der Grundeigentümer auf deren Grund und Boden sie sich befanden.

Die andern Gewässer, die ständig in einem festen Bett fließen, wurden als öffentliche Gewässer, sog. *res publica* angesehen. Es besteht insofern eine Meinungsverschiedenheit, als gewisse Wissenschaftler nur die schiffbaren Flüsse zu dieser Kategorie zählen.⁵⁷⁾

Diese öffentlichen Gewässer standen im Gemeingebräuch. Jeder, der die Möglichkeit des Zutritts hatte, durfte sie benutzen. Und zwar waren ihm sowohl die vorübergehenden Nutzungshandlungen, wie Tränken, Baden etc., als auch die dauernden Nutzungshandlungen gestattet. Darunter fiel die Errichtung fester Anlagen und Werke. Dieses Recht ging aber nur so weit, als dadurch nicht der Gemeingebräuch geschädigt wurde. Der Staat besass ein Aufsichtsrecht. Zu diesem Zwecke hatte auch jeder an der Aufrechterhaltung des Gemeingebräuches Interessierte ein Recht auf Klage gegen einen Störefried, eine sogenannte Popularklage.

b) Das deutsche Recht geht von der Einheit von Flussbett und darüber fließendem Wasser aus. Es gibt weder ein Sondereigentum am Flussbett, noch ein solches an der fließenden Welle. Der Fluss als Ganzes, als tatsächliche und wirtschaftliche Einheit wird auch einem einheitlichen Rechte unterworfen.⁵⁸⁾

Unbestrittenermassen sind auch im deutschen Recht die grossen schiffbaren Flüsse der Allgemeinnutzung unterstanden.⁵⁹⁾ Ob dazu auch nicht schiffbare, grössere Gewässer (ständig fließende) gehörten, ist bestritten. Die vom Grundeigentümer umgebenen künstlichen Gewässer und auch Teiche, Quellen und die kleinen Bäche standen auf jeden Fall im Privateigentum der Anlieger oder Grundeigentümer. Vielfach bestand übrigens an den Bächen ein Allgemeinnutzungsrecht von Markgenossenschaften.⁶⁰⁾ Aus diesen gingen dann viele ins Sondereigentum über.

⁵⁶⁾ Encyclopädie des Rechts. Dr. Holtzendorff, 3. Bd. 2. Hälfte 1881, S. 1243.

⁵⁷⁾ Encyclopädie S. 1243 ff.

⁵⁸⁾ Grundzüge des deutschen Privatrechts. Dr. Planitz, Berlin 1925, S. 43 ff.

⁵⁹⁾ Dr. C. F. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1928, S. 134.

⁶⁰⁾ Encyclopädie des Rechts, Bd. III 2. Teil S. 1243 ff.

Unter den fränkischen Königen nahmen diese Verhältnisse an den Gewässern eine Wandlung vor. Die Entwicklung ging der an den Wäldern parallel. Die Könige und später die Territorialherren nahmen an den schiffbaren Gewässern und dann überhaupt an allen grossen Gewässern gewisse Gebrauchsrechte als aus der Landeshoheit abgeleitet für sich in Anspruch. Es entstand ein Stromregal. Dies machte den Gebrauch von Flüssen für bestimmte Tätigkeiten von einer an den Inhaber des Regals zu entrichtenden Abgabe abhängig. Der Umfang des Regals war an verschiedenen Orten verschieden gross. Gewisse Flüsse, z. B. Rhein und Main, fielen überhaupt nicht darunter.⁶¹⁾ An andern umfasste es wiederum bloss die Schifffahrt oder die Nutzung der Wasserkräfte zu gewerblichen Zwecken.

Später ergriff dieses Regal aber auch die Gewässer grösserer Verbände, wie der Markgenossenschaften. Eine beschränkte Nutzung blieb den Markgenossen aber auch in diesen Fällen trotzdem erhalten, so z. B. das Schöpfen, das Baden etc.⁶²⁾ Die Ausübung des Regals geschah gewöhnlich so, dass der König oder Landesherr einzelne Berechtigungen aus demselben gegen eine Gegenleistung an Private zu Lehen oder Pacht gab. Diese übten dann die ihnen überlassene Berechtigung in ihrem Sondereigentum aus.

c) In der Schweiz wurde die Regalität nicht so weit ausgebildet. An vielen Gewässern bestand fernerhin Gemeinnutzung und speziell gab es viele Gewässer, die Markgenossenschaften zur Allgemeinnutzung der Markgenossen unterstanden. Ein Teil des Wasserregals bildet nun auch die Möglichkeit der Verwendung der Kraft des fallenden Wassers von öffentlichen Gewässern. Die Verwendung dieser Kraft zu gewerblichen Zwecken geht auch in der Schweiz Jahrhunderte zurück. Natürlich waren es keine Kraftwerke, aber umso mehr Mühlen, Sägen und andere die Kraft direkt ausnützende Werke, die wir in allen Teilen der Eidgenossenschaft antrafen.

Seit dem 16. und 17. Jahrhundert beanspruchte z. B. der Staat Bern ein Regal der Wasserläufe. Dadurch wurde die Errichtung von Wasserwerken von einer staatlichen Bewilligung abhängig.⁶³⁾ Einzig dort, wo durch die Adligen ein bestehendes Privatrecht nachgewie-

⁶¹⁾ *Schwerin*, do. S. 143 ff.

⁶²⁾ *Planitz*, do. S. 43 ff.

⁶³⁾ *Rennefahrt*, Bernische Rechtsgeschichte, I. Teil S. 147 ff.

sen werden konnte, sah Bern davon ab, sein Regal geltend zu machen.

Mit der Industrialisierung der Schweiz wurden die Wasserkräfte noch wichtiger. Die Industrien siedelten sich an Flüssen an, um die billigere Wasserkraft an Stelle der Dampfkraft zu benutzen. An Stelle der alten Holzräder wurden neue Metallräder, Turbinen, konstruiert. Die Unternehmer erwarben vom Staat oder der Gemeinde durch eine Konzession das Recht, diese Wasserkräfte für ihre Zwecke zu brauchen. Die ersten Versuche, die Elektrizität dem Menschen dienstbar zu machen, fallen in die 80er und 90er Jahre des letzten Jahrhunderts. Kaum bestand eine Aussicht, dass diese elektrische Kraft auf lange Distanzen übertragbar werde, so nahm das Interesse an den schweizerischen Wasserkräften in gewaltigem Masse zu. Es wurde der Wille laut, Ordnung zu schaffen in dem Wirrwar der Gesetze und Verhältnisse, der bezüglich der Nutzbarmachung der Wasserkräfte herrschte. Die Gesetzgebung sollte vereinheitlicht werden, und die Wasserkräfte wenn möglich verstaatlicht werden, um so den Spekulationen der Privatindustrie des Auslandes, zum Teil auch der Schweiz, den Riegel zu schieben. Dies führte zu der Bewegung, die die ganze Materie dem Bund unterstellen wollte.

§ 3 Das Fischereiregal im besonderen

a) Die Fischerei ist so alt, wie die ersten menschlichen Ansiedlungen an Seen und Flüssen. Den Juristen beginnt sie jedoch erst mit der rechtlichen Ordnung dieser Materie zu interessieren.⁶⁴⁾

Es ist anzunehmen, dass der Fischfang ursprünglich in allen Gewässern frei war.⁶⁵⁾ Alle Mitglieder eines Volkes waren kraft ihrer Zugehörigkeit zum Stamme fischereiberechtigt. Dieses Prinzip der Freiheit wurde aber in der fränkischen Zeit durchbrochen. Zunächst nahmen die Könige die Nutzung der öffentlichen Gewässer für sich in Anspruch. Unter öffentlichen Gewässern verstand man alle diejenigen Flüsse, die dem Handel und Verkehr zwischen den einzelnen Ländern dienten. Sie waren *res extra commercium*. Trotzdem nun diese öffentlichen Gewässer, wie alle öffentlichen Sachen,

⁶⁴⁾ Stoffel, S. 1.

⁶⁵⁾ Peter, S. 1. — Leuthard, S. 5.

nicht in der Gewere des Königs waren, beanspruchte der König ihre Nutzung ausschliesslich für sich, und entzog sie dadurch dem Allgemeingebrauch. Aus rein fiskalischen Gründen gestaltete er sie zu einem verwertbaren Vermögensrecht aus und übergab sie so dem Privatverkehr.

Anders verhielt es sich mit den Privatgewässern. Die kleineren Flüsse, Seen und Teiche blieben Gegenstand des Privateigentums, sei es einer einzelnen Person, sei es einer Verbandsperson (Markgenossenschaft). Das Fischereirecht teilte somit das Schicksal des Eigentums am Gewässer.⁶⁶⁾ Es entstand kein vom Eigentum getrenntes Nutzungsrecht. Die Entwicklung der Regalität der Fischerei vollzog sich nur langsam. Sie erstreckte sich wohl zuerst nur so weit, als die königlichen Domänen die öffentlichen Flüsse berührten. Auch hier brauchten die Könige nicht unbedingt das Fischereirecht für sich in Anspruch zu nehmen. Sie begnügten sich vielfach damit, bloss Abgaben von den Fischern zu verlangen.⁶⁷⁾

Die Nutzung der Fischerei in den nicht regalen Gewässern richtete sich im übrigen ganz nach den Verhältnissen an Grund und Boden.

Wo Allmenden bestanden und die Gewässer zu diesen zählten, wurde die Fischerei durch die Markgenossen genutzt, wo reines Privateigentum bestand durch den Privateigentümer. Viele der Markgenossenschaften gingen aber mit der Zeit an die Grundherren über. Es war nur natürlich, dass mit ihnen auch die Fischereiberechtigung überging. Den Markgenossen blieb dabei höchstens der Fang minderwertiger Sorten übrig. Dies galt aber nur für die Gewässer in der Nähe des Ufers, die eben gemäss dem alten deutschrechtlichen Grundsatz, «die Ufer halten die Wasser», unter dem Einfluss der Grundherren standen. Aus den Ueberlieferungen ersehen wir, dass dies nicht für das Zentrum der Seen, den sogenannten «Trichter» galt.⁶⁸⁾

Durch Verkauf von Grundstücken, mit denen das Fischereirecht verbunden war, sowie durch Verleihung des Rechts zu fischen durch die Eigentümer von Grundstücken, entstanden die ungezählten privaten Fischereigerechtigkeiten, die zum Teil noch heute bestehen. Nicht alle Fischereigerechtigkeiten stammen aber aus der

⁶⁶⁾ *Peter*, S. 2.

⁶⁷⁾ *Leuthard*, S. 6.

⁶⁸⁾ *Winiker*, S. 1, 101.

Grundherrschaft. Es gibt auch solche, die ihren Ursprung in der Regalität haben und durch landeshoheitliche Verleihung ins Leben gerufen worden waren. Eine solche Fischereigerechtigkeit besaßen zum Beispiel die Rheingenossen. Verliehen wurde dabei nur die Ausübung des Regals und nicht dieses selbst.⁶⁹⁾

Das Seezentrum blieb weiterhin Allmend und somit allen Markgenossen zur freien Fischerei offen. Wo der Uferstreifen aufhörte und der Triechter begann, war sehr verschieden und schwer festzustellen. Diese Frage bildete dann auch des öftern Grund zu Streitigkeiten.

In frühester Zeit bestand keinerlei Bedürfnis, irgendwelche polizeirechtliche Vorschriften über die Fischerei zu erlassen. Dies änderte mit der Zeit. Immer neue Siedlungen entstanden an unseren Seen und Flüssen. Dadurch nahm die Zahl der Fischer immer mehr zu und der Bestand an Fischen nahm immer mehr ab. Die Möglichkeiten von Streitigkeiten nahmen dementsprechend rasch zu. Hervorgerufen durch all diese Uebelstände entstanden die ersten Fischereigesetzgebungen, die sich, wie gesagt, hauptsächlich mit polizeilichen Vorschriften beschäftigten, anderseits auch versuchten, durch geeignete Massnahmen den Bestand an Fischen zu heben.⁷⁰⁾

Parallel zu dieser Entwicklung nahmen die Bestrebungen der Könige und später der Landesherren, eine allgemeine Regalität zu errichten, immer mehr zu. Der ganzen Entwicklung fehlt es aber an Klarheit. Wo das Regal beansprucht wurde und wo nicht, ist sehr schwer festzustellen. Sicher gab es auf jeden Fall in der Schweiz viele Seen und Flüsse, auch öffentliche Gewässer, bei denen nie eine Regalität beansprucht wurde.⁷¹⁾ Die Lage wurde noch umso verwirrter, als sich das Regal vom König auf die vielen Landesherren verlagerte, die es ihrerseits an Klöster, Städte etc. verliehen.

Die zahlreichen Fischereigerechtigkeiten erleichterten den Ueberblick ebenfalls nicht. Der Umstand, dass an der gleichen Gewässerstrecke gleichzeitig mehrere Fischereigerechtigkeiten verschiedenen Inhalts möglich waren, half nicht dieses Durcheinander aufzulockern. Dabei verstehen wir unter Fischenz oder Fischereigerechtigkeit das seiner Natur nach zeitlich unbeschränkte Recht,

⁶⁹⁾ *Leuthard*, S. 17.

⁷⁰⁾ *Stoffel*, S. 3.

⁷¹⁾ *Winiker*, S. 5. — *Zumbach*, S. 2.

die Fischerei in einem räumlich bestimmten Revier auszuüben und andere von der Mitausübung auszuschliessen.⁷²⁾

Aus Bern wissen wir z. B., dass die Regierung sehr darauf bedacht war, die Jagd und Fischerei als Regal in Anspruch zu nehmen und diesem Willen allen Nachdruck zu verschaffen. Sie hatte diese Regalrechte durch Erwerb von Weistümern der Landgerichte rechtlich feststellen lassen.⁷³⁾ Als sich 1525 einige Aemter über die Verordnung der Regierung betreffend Jagd, Fischerei etc. beschwerten, gab die Regierung erneut ihrem Willen Ausdruck, nicht auf diese landesherrlichen Rechte verzichten zu wollen. Seit dem 16. und 17. Jahrhundert beanspruchte die Stadt ein Allmendregal, das auf die Wasserläufe ausgedehnt wurde. Die Nutzniesser des Regals waren die Bürger, die Stuben und Gesellschaften, denen das Jagdrecht und das Recht zur Fischerei auf dem ganzen Staatsgebiet zustand.

Eine ähnliche Entwicklung machte das Jagd- und Fischereiregal im Bistum Basel durch, wo die Regalität durch den Bischof oder eines der Gotteshäuser beansprucht wurde.

b) Die Helvetik räumte mit diesen unklaren Verhältnissen ohne Zögern auf. Die Fischerei wurde als Feudalrecht erklärt, das abgeschafft wurde. In der Folge war die Ausübung der Fischerei vollkommen frei.⁷⁴⁾ Diese Massnahme zeitigte aber bald in einer starken Verminderung des Fischbestandes ihre verheerenden Folgen, die man dann auch, allerdings etwas spät, einsah. Durch Verordnungen wurden Einschränkungen vorgenommen. Es sollte durch die Fischerei niemand an Gütern oder anderem Eigentum geschädigt werden. 1802 wurde ferner das Fischen mit Angelruten in Bächen und Teichen, in denen Fischenzen bestanden hatten, verboten.⁷⁵⁾ Weitere Massnahmen waren der schon untergehenden helvetischen Republik nicht mehr möglich.

c) In der Mediationszeit fiel das Recht zur Gesetzgebung über die Fischerei an die Kantone zurück. Diese erliessen die verschiedensten Gesetze und Verordnungen. Dieses Recht zur Gesetzgebung umfasste sowohl das Recht zu bestimmen, wer das Gewerbe ausüben könne, als auch dasjenige, polizeiliche Ordnungs- und Schutzbestimmungen zu erlassen. Mit andern Worten hatten die Kantone neben

⁷²⁾ *Peter*, S. 35. — *Leuthard*, S. 106.

⁷³⁾ *Rennfahrt*, Bern. Rechtsg., I. Teil S. 147 ff.

⁷⁴⁾ 4. Mai 1798. — *Peter*, S. 3. — *Leuthard*, S. 10.

⁷⁵⁾ 15. März 1803. — *Leuthard*, S. 11.

dem Fischereiregal auch das Fischereipolizeirecht. Beim Uebergang zur Neuzeit beanspruchten die Kantone fast ausschliesslich in irgend einer Form das Fischereiregal. Durch zwei Momente unterschied sich die Nutzung von derjenigen früherer Zeiten. Das Regal wurde nicht mehr beansprucht, um die Tätigkeit einer bestimmten Klasse oder Bevölkerungsschicht vorzubehalten oder doch zumindest dieser Schicht die Erträgnisse aus dem Regal zukommen zu lassen. Die Nutzung stand jetzt jedermann, der gewisse Bedingungen erfüllte, zu. Daneben war nicht mehr das finanzielle Moment für den Kanton massgebend. Der Gedanke der Förderung, der Hebung des Fischbestandes trat immer mehr in den Vordergrund und die Ausgaben, um dieses Ziel zu erreichen, wogen einen Grossteil des Ertrages aus dem Regal auf.

Trotzdem war der Erfolg der Gesetzgebung nicht überzeugend. Wollte man die Fischerei dem Schweizervolke als ein wertvolles volkswirtschaftliches Gut erhalten, so musste auf diesem Gebiet eine viel strengere und straffere Gesetzgebung vorgenommen werden.

§ 4. Das Jagdregal im besonderen

I. Der Begriff der Jagd

Darüber lesen wir im Brockhaus: «Unter der Jagdtätigkeit verstehen wir die Kunst der regelrechten Verwertung des nützlichen Wildes durch Hege und Erlegung sowie die zweckmässige Verminderung der Raubtiere, jetzt ein besonderer Beruf (meist verbunden mit Forstdienst) und Sport, der durch das Jagdrecht geregelten Beschränkungen unterworfen ist und nach gewissen Gebräuchen ausgeübt wird.»⁷⁶⁾

Der Wille, Wild zu erlangen oder doch zumindest zu töten (z. B. Raubtiere) ist daher für den Begriff der Jagd wesentlich. Dabei haben wir unter Jagd im modernen Sinne auch das Moment der Hege mitzuberücksichtigen.

Dieser menschlichen Tätigkeit entspricht nun ein Teilgebiet der Rechtsordnung, das Jagdrecht.⁷⁷⁾

⁷⁶⁾ Brockhaus 1928.

⁷⁷⁾ Kaegi, Einleitung. — Blanc, S. 37.

II. Das Jagdrecht

Wir haben einmal die Summe aller derjenigen Rechtsnormen, die bestimmen, wie die Jagd ausgeübt wird. Wir bezeichnen sie als objektives Jagdrecht. Dieses umfasst sowohl Normen, die das Jagdobjekt bestimmen und andere, die sich mit dem Jagdbetrieb befassen. Unter letzteren finden wir wieder solche, die die Jagdausübung regeln und andere, die über die Schutzbestimmungen Aufschluss geben.

Daneben haben wir die Normen, die bestimmen, wer die Jagd ausüben darf. Wir nennen diese subjektives Jagdrecht oder Jagdberechtigung. Sie bestimmen, wer das Wild auf jede erlaubte Weise verfolgen, fangen oder töten und schliesslich sich aneignen darf.⁷⁸⁾

III. Entwicklung

a) Anfänge. Gleiches gilt hier, wie bei der Fischerei. Funde aus der prähistorischen Zeit bestätigen uns, dass die Jagd schon in frühester Zeit betrieben wurde. Freilich war ihr Sinn damals ein anderer als heute, wo die Jagd doch vorwiegend als Sport ausgeübt wird, wenn auch dabei der finanzielle Ertrag als angenehme Nebeneinnahme entgegengenommen wird. Damals waren die Menschen gezwungen, sich einerseits durch das Wild zu ernähren und andererseits sich die wilden Tiere von ihren Siedlungen fern zu halten. Für jene Zeit ist eine vollständige Freiheit der Jagd anzunehmen. Da es damals ungeheure Mengen Wildes gab und relativ nur wenig Jäger, schadete diese Freiheit dem Wildbestande nichts.

Erst als sich die Nomaden niederliessen und sich das Privateigentum entwickelte, wurde das Jagdrecht insoweit geregelt, als es auf privatem Grund und Boden nur noch dem Eigentümer zustand, dagegen auf den Allmenden allen Markgenossen. Es wurde nämlich nicht alles Land aufgeteilt. Grosse Landstrecken blieben den Markgenossen gemeinsam.⁷⁹⁾ Grosse Waldgebiete blieben aber herrenloses Land und auf ihnen erhielt sich die freie Jagd.

Die ersten Regeln, die in den frühgermanischen Gesetzbüchern vorgesehen waren, befassten sich mit Fragen, die sich schon damals stellten. Z. B. Das Recht auf das einmal verfolgte Wild. Ferner för-

⁷⁸⁾ Kaegi, Einleitung.

⁷⁹⁾ J. Kurmann, S. 19.

derte man auch die Ausrottung des schädlichen Wildes.⁸⁰⁾ Sowohl die Kelten wie die Römer waren Jäger. Die Kelten haben besonders das Jagdhundwesen zu einer hohen Vollkommenheit gebracht. Dass die Römer Jäger waren, beweisen uns schon die Schriften der Dichter, in denen sie die Jagd als edlen Sport preisen. Wie war die Jagd rechtlich geordnet bei den Römern? Grundsätzlich wurde das Wild als *res nullius* betrachtet. Das Eigentum an ihm konnte also, da im römischen Recht die Okkupation (Aneignung) uneingeschränkt möglich war, durch Besitzerwerb mit dem Willen Eigentümer zu werden, erlangt werden. Durch diese Theorie entstand aber ein Konflikt mit dem Grundeigentum. Die römischen Rechtsgelehrten fanden aber eine Kompromisslösung. Die Grundeigentümer hatten ihr Gebiet durch Umzäunung kenntlich zu machen. Dadurch wurden Fremde am Betreten desselben gehindert und ihnen so, indirekt die Möglichkeit zu jagen genommen. Das Wild innerhalb der Umzäunung stand dem Grundeigentümer zu. Wenn also auch grundsätzlich Jagdfreiheit vorgesehen war, so wurde deren Wert doch stark durch die erwähnten Bestimmungen eingeschränkt.

Verging sich eine Drittperson gegen diese Vorschriften, so hatte sie damit kein Jagdvergehen begangen, sondern es handelte sich um eine Verletzung des Eigentums. Es gab daher kein Jagddelikt im römischen Recht.⁸¹⁾

b) Fränkische Zeit und Entwicklung zum Regal. Die Burgunder, Alemannen und Franken waren sehr eifrige Jäger. Sie waren noch nicht allzusehr mit der Landwirtschaft vertraut. Dies bezeugen uns die Berichte der römischen Geschichtsschreiber. So sagt z. B. Caesar, dass die Barbaren, wenn sie nicht kriegten, der Jagd oblägen.⁸²⁾ In den germanischen Gesetzbüchern finden wir die ersten Regeln über die Jagd. Das burgundische Gesetzbuch stammt aus dem Jahre 500. Es stellt Regeln auf zum Schutze des Mitmenschen vor den Gefahren der Jagd. Sie sollten ebenfalls die Streitigkeiten zwischen Jägern unter sich oder mit Dritten aus dem Wege räumen. So wird z. B. vorgeschrieben, dass beim Spannen der Bogen alle Vorsicht anzuwenden sei und vor allem dem Nachbar Mitteilung zu

⁸⁰⁾ Hoops, Reallexikon der germ. Altertumskunde, Strassburg 1913—1915, Bd. II S. 609 ff.

⁸¹⁾ Sohm, Institutionen des röm. Rechts, S. 372, 391.

⁸²⁾ Caesar, De bello Gallico VI.

machen sei. Tritt trotz dieser Vorsichtsmassnahmen ein tödtlicher Unfall ein, so soll den Jäger kein Rechtsnachteil treffen, mit der Ausnahme, dass den Anverwandten des Opfers 25 Schillinge Schadenersatz bezahlt werden mussten. Ist der Erschossene dagegen ein Sklave, so tritt nicht einmal diese Rechtsfolge ein. Geschah aber der Unfall, ohne dass der Jäger dem Nachbarn Mitteilung gemacht hatte und ohne, dass er die notwendige Sorgfalt anwandte, so wurde er durch den Richter gehalten, den vollen Schadenersatz an die Verwandten zu bezahlen.⁸³⁾ Die Allemannen sind die ersten, die Schutzbestimmungen für bestimmte Wildarten aufstellten. In ihrem Gesetzbuch von 613 finden wir in Art. 4 folgende Vorschrift: «Wenn einer einen Wisent oder Auerochsen oder einen Hirsch, der schreit, gestohlen oder getötet hat, zahlt er 12 Schilling Busse.»⁸⁴⁾ Es ist dies ein Beweis, dass es diese noch wilden Stämme verstanden haben, Ordnung in das Jagdwesen zu bringen und, dass sie nicht nur jagten, um alles, was an Lebewesen vorhanden war, niederzuknallen, sondern dass sie auch an die Hege und Pflege des Wildes dachten. Unter dem fränkischen Königtum traten die ersten Jagdbeschränkungen ein. Boden, der früher im Gesamteigentum stand, wurde zu Privateigentum. Die Folge war, dass ohne den Willen des Grundeigentümers niemand mehr befugt war, diese Grundstücke zu betreten und auf ihnen zu jagen. Die Jagdberechtigung war also entweder je nachdem es sich um Gesamt- oder Privateigentum handelte, beim Privateigentümer oder bei den Gesamteigentümern (Markgenossen). Es entstand also ein neues Jagdrecht, das mit dem Grundbesitz verbunden war. In den herrenlosen Waldgebieten erhielt sich dagegen das Recht auf freie Jagd. Aus dieser Entwicklung Jagdrecht — Grundeigentum ergaben sich weitreichende Folgen. Der König dehnte seine Macht über immer mehr Ländereien aus. Viele kleine Bauern begaben sich unter seinen Schutz und verzichteten dafür auf ihr Grundeigentum. Noch viel mehr geschah dies bei den Landesherren. Mit dem Uebergang des Eigentums ging natürlich auch die Berechtigung zur Jagd auf den König oder Landesherrn über. Sie blieb also in jener Zeit ein Ausfluss des Grundeigentums, wie bei allen andern Grundeigentümern und war noch kein Hoheitsrecht des Königs oder Landesherrn.

Dies änderte aber mit der Zeit.⁸⁵⁾ Die Könige errichteten sog.

⁸³⁾ *Fontes rerum Bernensium* I. 11, *Mappe Liebenau*, Luzerner Staatsarchiv.

⁸⁴⁾ *Fontes rerum Bernensium* I. S. 181, 199—203.

Bannforste. Dies waren Wälder und Fluren, in denen die Jagd jedermann ausser dem König verboten war. Wer diesen Weisungen zuwider handelte, wurde in den königlichen Bann gesetzt. Solange der König nur seine eigenen oder die herrenlosen Forste bannte, wurde dadurch direkt niemand geschädigt. Der einzige Unterschied zu einer gewöhnlichen Privatwaldung bestand in dem Unterschied des Strafmasses, das eine Verletzung des Rechtes zur Folge hatte. Die Könige zeigten in jenen Zeiten eine ausserordentliche Jagdlust und gingen allmählich dazu über, auch fremde Forste zu bannen. Es wurden hier also die eigentlich berechtigten Grundeigentümer ihres Rechtes beraubt. Durch die Anmassung dieses Rechtes trat der König nicht mehr als Grundeigentümer, sondern als Herrscher auf, ausgerüstet mit nur ihm zustehenden Privilegien. Von einem allgemeinen Jagdregal kann man jedoch in jener Zeit noch nicht sprechen, da es sich bei dieser Bannisierung nur um einzelne Gegenden und nicht das ganze Land handelte.⁸⁵⁾

c) Mittelalter. In dieser Zeit spielte die Jagd eine bedeutende Rolle. Prinzipiell galt die Jagd während der lehnsrechtlichen Zeit als frei. Dieser Zustand wurde aber durch die sehr zahlreichen Ausnahmen stark eingeschränkt und die Ausnahme wurde beinahe zur Regel. Wir unterscheiden zu jener Zeit ganz prinzipiell einerseits das freie Land und anderseits das zu Lehen gegebene. Bei letzterem unterscheiden wir wiederum Ländereien, die von den Herren an ihre Vasallen für geleistete Dienste geliehen wurden und an denen sie tatsächlich nur noch eine Oberherrschaft behielten und solche Ländereien, die die Landesherren den Bauern verpachtet hatten und an denen sie unmittelbaren Besitz behielten.⁸⁷⁾

⁸⁵⁾ *Moyat*, Le droit de chasse, S. 16.

⁸⁶⁾ *Blanc*, S. 14 ff.

⁸⁷⁾ *P. Jörmann*, Das Jagdrecht gemeiner drei Bünde, S. 5 ff. Hier finden wir interessante Ausführungen über die Entwicklung des königlichen Bannrechtes. Unter Bannrecht versteht er die Befugnis zum Erlass administrativer Strafbefehle. Innerhalb des königlichen Bannes sind der Friedensbann, der Verordnungs- und der Verwaltungsbann zu unterscheiden. Als Ausgangspunkt betrachtet er den Friedensbann in Ding und Herr. Den Forstbann, der hier wesentlich ist, zählt er zum Verwaltungsbann. Seinen Inhalt umschreibt er dahin, dass er dem König das Recht gebe, herrenlose Grundstücke aus dem Rechte der gemeinen Nutzung zu nehmen und Jagd und Fischerei, Holzschlag und Rodung für sich oder den von ihm Bedachten bei Strafe des Königsbannes in Anspruch zu nehmen. Es brauchte aber das Land nicht mit über ins Eigentum zu gehen. Der Bann konnte sich z. B. auch bloss auf Jagd und Fischerei beschränken. In diesem Falle spricht man von einem Wildbanne. Der König konnte den Wildbann auch auf

Die lehensrechtliche Zeit lässt sich in vier Perioden aufteilen. In der ersten sind die Bannforste und Pachtgebiete noch sehr beschränkt und somit die Jagd noch auf weiten Gebieten frei. In der zweiten Periode wird durch die Uebernahme der zu Lehen gegebenen Güter dieses Jagdrecht beinahe illusorisch. In der dritten Periode wird durch das allmähliche Verschwinden der Lehensgüter das Jagdrecht wiederum fast jedermann zugänglich. In der vierten schliesslich wird das Recht nurmehr einer privilegierten Klasse zugänglich.⁸⁸⁾

Im 15. Jahrhundert finden wir die ersten Anfänge einer sich entwickelnden Landeshoheit.⁸⁹⁾ Es bildete sich in den einzelnen Ländern des Reiches eine selbständige Gewalt. Diese war bestrebt, gewisse Staatszwecke zu erreichen. Dabei beanspruchte sie ein Aufsichtsrecht hinsichtlich aller wichtigen Landesangelegenheiten. Ein solches staatliches Aufsichtsrecht stellte auch die Jagdhoheit dar.

Die Jagdgesetzgebung beschränkte sich jedoch zuerst, wie in der Fischerei auf reine Polizeigesetzgebung. Anordnung von Strafen auf unerlaubte und widerrechtliche Ausübung der Jagd, aber auch Vorschriften zur Erhaltung des Wildbestandes wurden aufgestellt.⁹⁰⁾

Allmählich legiferierte der Staat aber auch über die subjektive Jagdberechtigung. Dabei beanspruchten viele Staaten das Jagdregal. Die grundsätzliche Entwicklung ist hier ungefähr überall dieselbe, da sie sich geschichtlich aus den früheren Zuständen, Bannforsten, entwickelte und da damals vor der Trennung der Eidgenossenschaft vom deutschen Reich wenigstens in den Stadtgebieten noch keine allzu grosse Verschiedenheiten zwischen unserem und dem deutschen Recht herrschten. Nur wenige Gebiete wurden von dieser Entwicklung gar nicht berührt. So z. B. die Innerschweiz, das Tirol etc., wo die freie Pirsch erhalten blieb.

Allmenden erstrecken und dadurch den Markgenossen ihr Jagdrecht entziehen. Jörimann nimmt an, dass das Jagdrecht dieser Zeit nicht als Ausfluss des Grundeigentums zu betrachten sei und verneint daher auch die Möglichkeit, dass fremdes Grundeigentum vom Jagdbann berührt wurde. Denn einerseits seien die königlichen Domänen auch unter Jagdfreiheit gestanden, solange die Jagd nicht ausdrücklich dem König vorbehalten wurde. Andererseits konnte das Jagdrecht des Grundeigentümers ein ausschliessliches werden, aber nur auf Grundlage einer königlichen Privilegierung.

⁸⁸⁾ *Blanc*, S. 16.

⁸⁹⁾ *Hämmerli*, S. 22.

⁹⁰⁾ *Stoffel*, S. 3.

Vielerorts wurde allerdings nur die hohe Jagd beansprucht und die niedere Jagd dem Volke überlassen.⁹¹⁾ In den Stadtkantonen war die Landbevölkerung gegenüber der der Stadt benachteiligt. (Z. B. Zürich, Bern, Luzern.)

Das Patriziat war sehr darauf bedacht, Ordnung in die Jagd zu bringen, dem Jagdfrevel mit aller Schärfe entgegenzutreten, das Wild nicht nur zu jagen, sondern auch zu erhalten und zu pflegen, um sich so einen ansehnlichen Wildbestand zu erhalten. Es wurden scharfe Strafnormen aufgestellt, Bannbezirke (im heutigen Sinne des Wortes) zum Schutze des Wildes errichtet etc.

In jener Zeit entstanden die ersten vollständigen Jagdgesetze. 1649 in Zürich, 1754 in Freiburg, 1649, 1771 in Luzern. Es wurde in diesen Gesetzen genau festgelegt, wer zur Jagd berechtigt sei. So heisst es z. B. in demjenigen Luzerns: «Sämtlichen Fremden (Kantonsfremden), ist alles Jagen, Pirschen und Fischen untersagt.» Ferner wird in diesem Gesetze ein Wildausfuhrverbot eingeführt. Auch finden sich Schutzbestimmungen für das Wild, wie das Verbot, Hasen zur Schneezeit zu jagen, Störche überhaupt zu jagen.⁹²⁾ Aehnliche Bestimmungen finden wir in den anderen Gesetzen.⁹³⁾

In Zürich war die hohe Jagd ein Privileg der hohen Bürger. Eine grundsätzliche Aenderung in dieser Beziehung erfolgte allerdings 1349 durch ein neues zürcherisches Jagdmandat. Darin wurde durch die Zürcherbehörden geboten, alles erlegte Hochwild sei auf dem Rathaus abzuliefern. Die Bürger waren im 17. Jahrhundert nicht mehr gleichberechtigt. Es hatte sich auch hier eine bevorzugte Klasse gebildet, die die Regierungsgeschäfte führte.⁹⁴⁾ Das Jagdregal wurde nunmehr nur noch von den Bürgern dieser Klasse genutzt. Die restlichen Bürger konnten noch als Jagdbediente Hochjagd betreiben. Es blieb ihnen für sich nur noch die Ausübung der niederen Jagd übrig. Damit sie sich doch noch von der Landbevölkerung unterschieden, wurde die Jagdberechtigung der Letzteren noch stärker eingeschränkt, indem diesen die niedere Jagd überhaupt nur noch auf dem Gebiete ihrer Gemeinde gestattet wurde. Dieses Jagdrecht wurde noch weiter eingeschränkt durch die Verleihung der niedern Jagd seitens der Stadt Zürich an befreundete

⁹¹⁾ Niedere Jagd = Jagd auf Füchse und Hasen. *Hämmerli*, a. a. O. S. 22.

⁹²⁾ *Kurmann*, S. 33.

⁹³⁾ *Blanc*, S. 32 ff.

⁹⁴⁾ *Karl Dändliker*, Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich, 1910. Bd. II S. 416/17, Aristokratie und Absolutismus.

Städte oder Herren. Dadurch wurden die berechtigten Bürger oder Bauern auf dem entsprechenden Gebiet von der Jagd vollständig ausgeschlossen.⁹⁵⁾

Die Bannforste schränkten das jagdfreie Gebiet noch weiter ein. In ihnen war die Jagd nur wenigen Bevorzugten gestattet. All diese Einschränkungen und Unterdrückungen des Jagdrechts der Bauern waren sicher mit ein Faktor zu den Bauernunruhen und später zur Zeit der Revolution zur Auflehnung gegen die Obrigkeit. Wenn auch in der Eidgenossenschaft die Gesetze an und für sich nicht so streng waren, wie dies vielfach in Deutschland war, so war doch ihre Durchführung und Ueberwachung durch die Vögte eine strenge und vielfach willkürliche. All diese Spannungen entluden sich mit dem Einbruch der Franzosen in die Schweiz und dem Zusammenbruch der alten Eidgenossenschaft. Die nächste Epoche bildete die Helvetik, in der man, wie wir gleich sehen werden, in das andere Extrem verfiel.

d) Helvetik. Der Gedanke von Freiheit und Gleichheit schlug auch in der Schweiz mächtig ein. Es sollte fürderhin kein Unterschied der Person mehr möglich sein. Dass zu solchen Gedanken das bisherige Jagdsystem nicht mehr passte, war nur allzu klar. Robespierre hatte in der Debatte über ein neues Jagdgesetz in der französischen Nationalversammlung das Ziel gesetzt. Er sagte dort: «La chasse doit être libre pour tout citoyen indistinctement. J'en réclame donc la liberté illimitée, en prenant toutefois les mesures nécessaires pour la conservation des récoltes et pour la sûreté publique.»⁹⁶⁾ Der verlockende Gedanke vollständiger Jagdfreiheit schwebte auch in den Köpfen vieler Eidgenossen. In Frankreich wurde dieser Gedanke verworfen und durch das Jagdrecht des Grundbesitzes verdrängt. In der einen und unteilbaren helvetischen Republik entwarf eine Kommission ein neues Jagdgesetz. Der Entwurf versuchte in weitmöglichstem Rahmen die Interessen der Jäger, der Landbevölkerung und schliesslich des Wildschutzes zu berücksichtigen. Er wurde vom grossen Rat angenommen. Jedoch versagte ihm der Senat die Zustimmung, da seiner Meinung nach die Ausdehnung der Jagd auf Privatboden eine Verletzung der Eigentumsgarantie und damit der Verfassung bedeute.⁹⁷⁾ Der Ver-

⁹⁵⁾ Hämmerli, S. 26 ff.

⁹⁶⁾ Kurmann, S. 42.

⁹⁷⁾ Kaegi, S. 20.

such, eine einheitliche Ordnung zu schaffen, war damit gescheitert. Unter der allgemeinen Jagdfreiheit hatten die Wildbestände schon stark gelitten. Die helvetische Regierung sah sich daher genötigt, wenigstens eine provisorische Lösung zu finden. Zu diesem Zwecke erliess sie ein Dekret. Darin machte sie auf die Uebelstände aufmerksam und stellte dann bestimmte Vorschriften auf. Z. B. sollte alles Jagen ohne Unterschied während einer bestimmten Dauer im Jahre verboten sein. Die Regierungsstatthalter waren verantwortlich dafür, zu sorgen, dass dieser Vorschrift nachgelebt wurde. Die Kantone erliessen daher entsprechende Ausführungsdekrete. Diese wurden aber nur schwach respektiert.⁹⁸⁾ Alle Versuche, dem Dekret Achtung zu verschaffen, blieben ergebnislos.

e) Mediation bis B.V. Die Helvetik hatte in der kurzen Dauer ihres Bestandes keine befriedigende Lösung im Jagdrecht gebracht. Nach ihrem Untergang gingen die meisten Kantone zur Regelung, wie sie sie vor der Helvetik hatten, über. Sie versuchten so vom Wildbestand zu retten, was noch zu retten war. Einzig die in der Helvetik neu gebildeten Kantone versuchten Anfangs noch, wie im Fischereirecht, den Zustand der Jagdfreiheit aufrecht zu erhalten, mussten ihn aber auf die Dauer doch aufgeben. Die darauffolgende Neuentwicklung war die gleiche wie im Fischereirecht. In Freiburg z. B. sah das Gesetz vom 28. Mai 1804 zum ersten Male die Möglichkeit vor, dass jedermann, der der Jagd obliegen wollte, gegen eine Gebühr sich ein Jagd-Patent verschaffen konnte. Das Recht zur Jagd war nicht mehr bestimmten Personenklassen reserviert, sondern es stand jedem Schweizerbürger, der das 16. Altersjahr erreicht hat, zu. Dies allerdings nur für die Bürger derjenigen Kantone, die Gegenrecht hielten.⁹⁹⁾

Trotz der Bemühungen der Kantone in dieser Zeit, neue Gesetze aufzustellen, die den Erfordernissen genügen können, zeigte es sich immer mehr, wie uneinheitlich diese Gesetzgebung wurde. Das bündnerische Jagdgesetz z. B. (1805) schloss alle fremden Jäger, welche nicht Bündner oder Kantonsbürger waren, vom Jagen aus. Im Fall der Uebertretung wurden sie als vogelfrei erklärt.¹⁰⁰⁾ Dies wurde allerdings später abgeändert.

Sollten die dezimierten Wildbestände noch gerettet werden und eventuell vermehrt werden, so konnte dies nur durch eine ein-

⁹⁸⁾ *Kurmann*, S. 44.

⁹⁹⁾ *Blanc*, S. 40.

heitliche Polizeigesetzgebung und durch einheitliche Schutzbestimmungen für die ganze Schweiz geschehen.

Das Bergregal

Die Menschen hatten schon früh ein Augenmerk auf die in ihren Territorien liegenden Mineralien geworfen. Mit deren Ausbeute wurde schon sehr früh begonnen. Das Recht, die Mineralien zu gewinnen, kann verschiedenen Ursprungs sein. *Arndt*¹⁰¹⁾ unterscheidet einen dreifachen Ursprung. Danach kann das Recht zum Bergbaubetrieb erstens vom Recht des Grundeigentümers ausgehen. Die Bergwerksmineralien sind in diesem Falle als Bestandteile des Grundeigentums aufzufassen. Zweitens kann es aber auch vom eigenen Recht des Finders der Bergwerksmineralien ausgehen. In diesen Fällen sind die Mineralien als herrenlose und deshalb der Okkupation fähige Sachen aufzufassen (Bergbaufreiheit). Drittens kann es von dem Recht des Staates ausgehen. Die Bergwerksmineralien sind hier als dem Verfügungsrecht des Staates unterworfenen Sachen zu betrachten.

Die grosse wirtschaftliche Bedeutung des Bergbaus hat die verwertbare Mineralien besitzenden Länder immer dazu bewogen, in mehr oder weniger starkem Ausmass in die Bergbauverhältnisse einzugreifen.¹⁰²⁾ *Bauer* nennt als die beiden Gegenpole, zwischen denen die Entwicklung in den verschiedenen Bergbaustaaten hin und herschwankte, je nachdem die staatliche Intervention stärker oder weniger stark war, das «Gebundenheitsprinzip» und das «Freiheitsprinzip».¹⁰³⁾

Wie gesagt, schwankte das Mass des staatlichen Interventionismus im Verlaufe der Geschichte beständig. So finden wir einerseits bei den Griechen das Verfügungsrecht des Staates über die Bergwerke, während andererseits bei den Römern das Abbaurecht dem Eigentümer des Grund und Bodens zustand. Allerdings ist dies nicht für die von den Römern eroberten Länder (Provinzen) anzu-

¹⁰⁰⁾ *Jörimann*, S. 323 ff.

¹⁰¹⁾ *Arndt*, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals, 1879, S. 1.

¹⁰²⁾ *Arndt*, a. a. O. S. 2. — *E. Bauer*, Staat und Bergbauberechtigung in der Schweiz, 1931, S. 20

¹⁰³⁾ *Bauer*, a. a. O. S. 20.

nehmen. Denn hier war der Bergbau ebenfalls durch staatlichen Interventionismus gekennzeichnet.¹⁰⁴⁾

Ueber den Bergbau bei den Germanen liegen aus früher Zeit nur wenig Nachrichten vor. Erst im 12. und 13. Jahrhundert begann sich das Bergregal für gewisse einzelne Mineralien auszubilden.¹⁰⁵⁾

a) Bergregal und Berghoheit

Der Interventionismus des Staates kann sich nun in verschiedenen Formen halten. Der Fall, dass sich der Staat überhaupt rechtlich in diese Verhältnisse nicht einmischt, ist heute ein rein theoretischer.

Es ist dagegen wohl denkbar, dass sich der Staat darauf beschränkt, sein Herrschaftsrecht gegenüber den bergbautreibenden Personen durch blosse polizeiliche Oberaufsicht geltend zu machen.¹⁰⁶⁾ Darunter fällt auch sein Recht, den Bergbaubetrieb gesetzlich zu regeln.¹⁰⁷⁾ In diesen Fällen beansprucht der Staat nur die Bergbauboheit. Er kann aber auch dies in einem engern und in einem weitern Sinne tun. Einerseits kann er das Recht zur Ausbeutung der unterirdischen Mineralschätze den Oberflächeneigentümern überlassen. Seine Einmischung beschränkt sich in diesem Falle darauf, durch polizeiliche Vorschriften oder Sicherheitsmassnahmen im Einzelfall die Interessen der Gesamtheit zu wahren.

Andererseits kann er, statt das Recht dem Grundeigentümer vorzubehalten, es jedermann zugänglich machen, dadurch dass er die Ausbeutung von einer vorher einzuholenden polizeilichen Bewilligung abhängig macht. Diese Bewilligung ist aber jedem zu erteilen, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.¹⁰⁸⁾

Ganz anders ist die Lage, wenn der Staat das Bergregal beansprucht. Dadurch reserviert sich der Staat das Recht, über die unter das Regal fallenden Mineralien nach Belieben verfügen zu können. Er kann darüber beliebig legiferieren.¹⁰⁹⁾ Die einzige Schranke bildet die verfassungsmässige Eigentumsgarantie.

Der Private kann den Bergbau in diesem Falle nur ausüben,

¹⁰⁴⁾ *Arndt*, a. a. O. S. 7 ff. — *Bauer*, a. a. O. S. 21/22. — *L. Couchepin*, *Le droit minier en Suisse dans ses rapports avec le code civil*, 1921, S. 2.

¹⁰⁵⁾ *Bauer*, a. a. O. S. 3.

¹⁰⁶⁾ *F. Hess*, *Das Bergrecht des Kantons Zürich*, 1926, S. 13.

¹⁰⁷⁾ *J. Brandenberger*, *Das Salzrecht im Kanton Zürich*, 1918.

¹⁰⁸⁾ *F. Hess*, a. a. O. S. 14.

¹⁰⁹⁾ *H. Schmid*, *Das Bergrecht in der Schweiz*, S. 10.

wenn ihm der Staat dazu das Recht überträgt. Dieser ist aber nicht dazu gezwungen, dies zu tun.

b) Bergbaufreiheit

Ein wichtiger Begriff, den wir hier zu betrachten haben, ist der der Bergbaufreiheit. Sie ist sowohl möglich in Verbindung mit der Berghoheit wie auch in Verbindung mit dem Bergregal, jedoch nicht selbständig denkbar. In Verbindung mit diesen hat sie eine einschränkende Wirkung.¹¹⁰⁾ Ihrem Inhalt nach unterscheiden wir zwei Wirkungen. Einerseits verleiht sie jedermann das Recht, die unterirdischen Mineralvorräte zu suchen und, wenn er solche findet, hat der Staat den Anspruch des Finders auf Ausbeutung in erster Linie zu berücksichtigen. Auf der andern Seite bildet sie sich zur Freiheit gegenüber dem Grundeigentümer aus.¹¹¹⁾ Diese sind danach weitgehend verpflichtet, den Betrieb von Gruben unter ihrem Grund und Boden zu dulden.

c) Die Entwicklung in der Eidgenossenschaft

Die Bergbauboheit wird in der Schweiz seit jeher von den Kantonen beansprucht.¹¹²⁾ Die meisten von ihnen beanspruchen auch in irgend einer Form das Bergregal. Viele von ihnen bekennen sich allerdings zur Bergbaufreiheit, sodass die Regalität nur noch schlecht zu erkennen ist. Den Kantonen stand die Gesetzgebung auf diesem Gebiet sowohl im öffentlichen, wie auch im privaten Recht zu.

d) Helvetik

Zur Zeit der helvetischen Republik wurde ein Bergbaugesetz erlassen, das für das gesamte Staatsgebiet Geltung haben sollte, und somit all die verschiedenen Regelungen der Kantone aufhob.¹¹³⁾ Dieses Gesetz erklärte alle im Schosse der Erde und in ihren natür-

¹¹⁰⁾ *H. Schmid*, a. a. O. S. 14. — *Hess*, a. a. O. S. 14. — *Arndt*, a. a. O. S. 55.

¹¹¹⁾ *Bauer*, a. a. O. S. 31. — *L. Couchepin*, a. a. O. S. 10/11. Anderer Ansicht: *H. Schmid*, a. a. O. S. 14 — der darunter die Befugnis des Oberflächeneigentümers bzw. des jeweiligen Nutzungsberechtigten sieht, die im Erdinnern befindlichen Mineralien ohne vorausgehende staatliche Verleihung sich aneignen zu dürfen.

¹¹²⁾ *E. Huber*, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1889, Bd. II.

¹¹³⁾ *H. Brassert*, Das Bergrecht der Schweiz, 1871, S. 45 ff. A. S. III 527, 28. Dez. 1799.

lichen Lagerstätten sich befindenden Mineralien zum National-eigentum. Bergbau durfte nurmehr betrieben werden, insofern der Bewerber im Besitze einer durch die vollziehende Gewalt erteilten Belehnung oder eines Schürfscheines war. Beaufsichtigt wurde der gesamte Bergbau durch die Oberdirektion der Bergwerksadministration. Ferner wurde eine vollständige Entschädigungspflicht des Bergbauberechtigten gegenüber dem Grundeigentümer eingeführt.

Bergwerke — Kantonaies und Bundesrecht

I. Die kantonalen Rechte

Die Normen über den Bergbau in der Schweiz sind von solcher Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit, dass es nicht möglich ist, sie auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Wir folgen daher der in der Literatur vorgenommenen Dreiteilung.¹¹⁴⁾

a) Eine Anzahl Kantone hat die Regelung des Bergbaus in ihren Einführungsgesetzen zum Z.G.B. vorgenommen. Es fallen darunter die Kantone Baselstadt, Zürich, Schaffhausen, Schwyz und Solothurn. In Baselstadt z. B. fallen metallische Erze, Salze, Solen, Mineralwasser, fossile Brenn- und Leuchtstoffe, wie Stein-, Braun- und Schieferkohle und Erdöle unter das Regal. Dagegen sind ihm Baumaterialien, Steine, Sand, Lehm, Salpeter und die in der Landwirtschaft verwendeten Erden nicht unterstellt.¹¹⁵⁾ Ähnlich sind auch die andern Gesetze dieser Gruppe. In Baselstadt überträgt der Kanton das Recht, wenn er das Schürfen und die Ausbeutung nicht selbst vornehmen will, durch Konzession an Dritte.

Im Kanton Schwyz besteht als Besonderheit ein Vorzugsrecht des Finders auf Verleihung der Konzession. In ähnlicher, aber in abgeschwächter Form, besteht diese Besonderheit auch im Kanton Zürich.

b) In einer zweiten Gruppe lassen sich die Kantone zusammenfassen, die ein eigentliches Bergwerksgesetz besitzen. Es sind dies Bern, Freiburg, Wallis, Tessin, Neuenburg, Waadt, Luzern und St.

¹¹⁴⁾ *H. Schmid*, a. a. O. S. 26 ff. — *E. Huber*, a. a. O. S. 639 ff. — *Bauer*, a. a. O. S. 40 ff.

¹¹⁵⁾ Einführungsgesetz, Art. 158.

Einführungsgesetz Kanton Schwyz, § 201 al. 3 u. 4.

Einführungsgesetz Kanton Zürich, § 149 al. 1.

Gallen. Die drei letztern besitzen weitaus die modernsten Bergwerksgesetze.

c) In die dritte Gruppe zählen wir alle übrigen Kantone. Sie haben zum Teil gesetzliche Bestimmungen, die aber sehr unvollkommen sind, zum Teil stützen sie sich aber nur auf Gewohnheitsrecht, und schliesslich ist noch Genf zu nennen, das sich überhaupt mit der staatlichen Oberaufsicht begnügt.

Sobald sich der Staat in die Verhältnisse des Bergbaus einmischt, hat er nicht nur das Verhältnis des Staates zum Privaten, sondern auch das Verhältnis der Privaten unter sich zu ordnen. Wir finden daher im Bergrecht teilweise öffentliches, teilweise privates Recht. Zum öffentlichen Bergrecht haben wir die Verwaltungsbestimmungen über die Inanspruchnahme des Regals, diejenigen über die Bergbehörden, Bergpolizei etc. zu verstehen. Das Privatrecht setzt die Rechtsverhältnisse der Privaten untereinander fest.¹¹⁶⁾

Wir haben hier zu untersuchen, was für Kompetenzen einerseits dem Bunde und anderseits den Kantonen zukommen, dies sowohl was das öffentliche wie auch was das private Bergrecht anbelangt.

Entwurf zum schweizerischen Z.G.B.

Anlässlich des Entwurfes des schweizerischen Zivilgesetzbuches versuchte der Gesetzgeber, gleich wie er dies auch für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte im Sinne hatte, einen besonderen Abschnitt über das Bergrecht dem Z.G.B. beizufügen. Er hielt dies für unso nötiger, als es Bergbau betreibende Kantone gab, die es selbst nicht für notwendig erachteten eigene gesetzliche Bestimmungen über den Bergbau aufzustellen.¹¹⁷⁾ Der Gesetzgeber wollte keine umwälzenden Neuerungen, sondern begnügte sich damit, die wirklich notwendigen Normen aufzustellen. So wurden die Rechte des Staates genau umschrieben (Art. 947, 951 etc.), ferner die Verpflichtungen der Bergwerkseigentümer festgelegt. (Art. 953 u.a.m.) Aber auch die dem Beliebenen gewährten Zwangsenteignungsrechte sollten aufgezählt werden. (Art. 952 etc.) Abschliessend beschäftigte sich der Entwurf mit der Beendigung, der Veräusserung und der Verwirkung. (Art. 949, 950.) Dass sich der Bund aufs dringendste

¹¹⁶⁾ *Bauer*, a. a. O. S. 43/44.

¹¹⁷⁾ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum B.G.-Entwurf des schweizerischen Z.G.B., S. 90 ff.

beschränkte, wird auch klar aus der Tatsache, dass er nur diejenigen Stoffe seinen Regelungen unterstellen wollte, in Bezug auf die der bergmännische Betrieb ausser Zweifel stand. Den Kantonen war es überlassen, noch weitere Stoffe den Bestimmungen zu unterstellen.

Diese Bestrebungen des Bundes blieben aber in ihren Anfängen stecken. Es kam nicht über den Entwurf hinaus. Man zog es, wie bei der Nutzbarmachung der Wasserkräfte vor, die Materie durch ein später zu erlassendes Spezialgesetz zu regeln. Der Entwurf schrumpfte auf die im heutigen Z.G.B. noch vorhandenen Art. 655 und 771 zusammen. Mit dieser Betrachtung sind wir so weit, dass wir uns jetzt der heutigen Lage widmen können.

a) Öffentliches Recht des Bundes

Hier ist zunächst das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung zu erwähnen.¹¹⁸⁾ Dieses erstreckt in Art. 60 Ziff. 3 lit. d die obligatorische Versicherung auf alle Angestellten und Arbeiter von Unternehmungen, welche die Ausbeutung von Bergwerken, Steinbrüchen oder Gruben zum Gegenstand haben. Art. 65 des Gesetzes bestimmt weiter, dass die Inhaber von Bergwerksbetrieben zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen haben, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stand der Technik und der gegebenen Verhältnisse anwendbar sind. Sie haben auch den Weisungen der eidgenössischen Unfallversicherungsanstalt in Luzern Folge zu leisten, die sich zur Ueberwachung der Durchführung dieser Anordnungen teilweise des Fabrikinspektors bedient. Geteilter Meinung ist man sich darüber, ob die Bergwerksbetriebe dem eidg. Fabrikgesetz unterstellt sind oder nicht. Es ist dies nicht der Fall.¹¹⁹⁾ Es wäre sicher wünschenswert, dass die Arbeitsschutzbestimmungen des Fabrikgesetzes auch hier zur Anwendung kämen. Eine Motion von Nationalrat Schmid, welche den Erlass eines Arbeitsschutzgesetzes für den Bergwerksbetrieb forderte, wurde aber am 10. Juni 1924 vom Nationalrat abgelehnt.

b) Privatrecht des Bundes

Art. 51 der Uebergangsbestimmungen des ZGB erklärt deutlich, dass soweit bundesrechtlich nichts anderes vorgesehen ist, die

¹¹⁸⁾ 13. Juni 1911.

¹¹⁹⁾ Anders *Bauer*, a. a. O.

zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben sind. Dieser Vorbehalt zugunsten der Kantone wird dann in Art. 5 ZGB dahin umschrieben, dass, wo das Gesetz auf die Uebung oder den Ortsgebrauch verweist, das bisherige kantonale Recht weiter gilt.¹²⁰⁾ Nach Art. 5 Abs. 1 Z.G.B. ist der kantonale Gesetzgeber nur berechtigt, privatrechtliche Bestimmungen zu erlassen, wenn ihn der Bundesgesetzgeber dazu befugt.

Als solcher Vorbehalt zugunsten der kantonalen Privatrechtsgesetzgebung kommt Art. 664 in Frage. Abs. 3 bestimmt: «Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbette, die erforderlichen Bestimmungen auf.» Es stellt sich aber die Frage, ob es sich bei den Mineralien um herrenlose Sachen handelt. Trifft dies zu, so sind die Kantone in ihrer Privatrechtsgesetzgebung gedeckt.

Es bestehen verschiedene Theorien über die iuristische Natur der Mineralien.¹²¹⁾ Nach der einen werden die Mineralien als Bestandteile des Bodens betrachtet und der Eigentümer kann ohne weiteres darüber verfügen.¹²²⁾ Eine zweite Ansicht nimmt das Eigentum des Staates an den Mineralien an. Vertreter einer dritten Gruppe schliesslich nehmen an, dass es sich bei den Mineralien um herrenlose Sachen handle.

Durch welche diese Theorien wurde das schweizerische Recht beeinflusst? Das schweizerische Zivilgesetzbuch steht auf dem Boden, dass das Eigentum nach oben und nach unten durch das Interesse, das der Eigentümer an seiner Ausübung hat, begrenzt ist. («soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.» Art. 667 Z.G.B.)

Daraus ergibt sich, dass, wenn keine andere spezielle Gesetzgebung vorhanden ist, die Mineralien je nach dem Interessenbereich des Grundeigentümers herrenlose Sachen oder Bestandteile sind.

Diese spezielle Gesetzgebung besteht aber, wie wir gesehen haben, und zwar in Form der kantonalen Gesetzesbestimmungen.

¹²⁰⁾ Dazu auch *F. Hess*, a. a. O. S. 3. ff. — *L. Couchepin*, a. a. O. S. 34 ff.

¹²¹⁾ *L. Couchepin*, a. a. O. S. 34 ff.

¹²²⁾ *L. Couchepin*, S. 42. — «Sans nier le moins du monde, que les minéraux puissent être pars fundi dans une législation déterminée ou même à une époque déterminée, la science du droit refuse à un droit naturel la possibilité de fixer d'une manière absolue le caractère de pars fundi des minéraux, surtout en s'appuyant sur des théories.»

Couchepin hat die Frage, ob die Mineralien tatsächlich herrenlose oder öffentliche — oder dem Privatrecht unterstehende Sachen seien, mit zwei mir logisch und brauchbar scheinenden Argumenten zugunsten der ersten Ansicht beantwortet. Er weist darauf hin, dass der Abschnitt über die Bergwerke im Entwurf zum Z.G.B. unter dem Titel «die Rechte an herrenlosen und an öffentlichen Sachen» angeführt war. Mit Recht stellt er aber fest, dass dies allein kein schlagkräftiger Beweis sei, da dieser Entwurf auch nie Gesetz wurde.

Er suchte daher nach einem weiteren Beweismittel. Er frug sich dabei, welchem Recht, dem privaten oder dem öffentlichen, es zukomme, eine Sache als öffentliche oder herrenlose zu bezeichnen. Er kommt zum Schluss, dass es dem öffentlichen Recht, in Bezug auf Art. 6 Z.G.B., also den Kantonen zukomme, die Mineralien als herrenlose oder öffentliche Sachen im Sinne des Art. 604 Z.G.B. zu bezeichnen. Dies können sie im Einführungsgesetz zum Z.G.B. oder in einem speziellen Bergwerksgesetz tun. Sie sind aber gezwungen es zu tun, damit die privatrechtlichen Bestimmungen ihrer Bergwerksgesetze neben dem Z.G.B. bestehen können. Tun sie dies nicht, so verzichten sie damit auf eine eigene Regelung der Materie, die dann, wie wir das oben dargetan haben, den Bestimmungen des Z.G.B. untersteht. Die Kantone sind aber nicht frei, privatrechtlich schrankenlos über die Bergwerke zu legisfizieren, da wir im Z.G.B. ganz spezielle Bestimmungen finden, die sich direkt mit den Bergwerken befassen.

Eine solche Bestimmung haben wir einmal in Art. 655 Z.G.B. Die Bergwerke werden darin als Grundstücke im Sinne des Z.G.B. bezeichnet. Was versteht das Z.G.B. nun unter «Bergwerke»? Was hat die Einreihung unter die Grundstücke für Folgen?

Was die erste Frage anbetrifft, ist man sich darüber geteilter Meinung. Die einen verstehen darunter «eine Minerallagerstätte als Teil des Erdkörpers, die mittels bergbautechnischen Vorkehren ausgebeutet wird». Das Bergwerk wird hier also als unbewegliche körperliche Sache angesehen.¹²³⁾

Die andere Richtung vertritt die Ansicht, dass man unter «Bergwerk» ein Ausbeutungsrecht zu verstehen habe.¹²⁴⁾ Wir streifen im

¹²³⁾ *Haab*, Kommentar zum Sachenrecht, 1931, Art. 655, IV, insbesondere die Bergwerke.

¹²⁴⁾ *P. Liver*, Kolleg Sachenrecht. — *L. Couchepin*, a. a. O. S. 85 ff.

folgenden die Argumente für und wider nur kurz, da diese Frage für die Wirkung, die dem Art. 655 zukommt, nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, der Vollständigkeit halber aber doch erwähnt werden muss. *Haab* auf der einen Seite verteidigt seine Ansicht mit dem Argument, dass das Z.G.B. die Besonderheiten der Nutzniessung an einem Bergwerk im Zusammenhang mit dem Sachniessbrauch ordne. (Art. 771 Z.G.B.) Weiter müsse das Bergwerk in dem Grundbuchkreis gebucht werden, in dem es liege (Grundbuchverordnung Art. 9). Er weist darauf hin, dass auch das Bundesgericht von den Bergwerken als Sache spreche. (B.G.E. 44 I. 167 ff. insbes. S. 171.)

Betrachten wir uns jetzt die Motive, die zur andern Meinung führten. Ihrer Ansicht nach begnügt sich das Z.G.B., den Bergwerken den Charakter von Grundstücken zu geben, ohne festlegen zu wollen, ob es sich dabei um körperliche Sachen oder Rechte handle. So weist z. B. *Couchepin* darauf hin, dass, wenn aus einem kantonalen Bergbaugesetz die Natur der Bergwerke nicht klar ersichtlich sei, die Gerichte sie dann auf Grund der Interpretation dieses kantonalen Bergbaugesetzes zu bestimmen hätten.¹²⁵⁾ Er beweist dann weiter, dass im Vorentwurf die Bergwerke als Rechte aufgefasst wurden. Meiner Ansicht nach ist diese Meinung die richtige.

Wichtig für uns ist aber Art. 655 Abs. 2, dies, ob wir der einen oder der andern Ansicht huldigen, der bestimmt, dass die Bergwerke im Rechtsverkehr auf alle Fälle als Grundstücke zu behandeln sind. Verkehrsgeschäfte mit Bergwerken können daher von den Kantonen nur unter Beachtung der Vorschriften des Immobiliarsachenrechtes des Z.G.B. zugelassen werden. Dies heisst aber nicht, dass es den Kantonen nicht zustünde, zu bestimmen, dass die Uebertragung oder Verpfändung überhaupt nicht zulässig sei, oder dass sie nur unter Befolgung besonderer Bestimmungen erfolgen könne.¹²⁶⁾ Wenn Art. 943 Z.G.B. bestimmt, dass die Bergwerke als Grundstücke im Grundbuch eingetragen werden müssen, so bildet dies nur eine Bestätigung unserer soeben angeführten Ansicht.

Schliesslich haben wir in Art. 771 noch eine letzte bundeszivilrechtliche Bestimmung, die sich mit den Bergwerken abgibt. Sie behandelt die Nutzniessung an diesen und bestimmt, dass diese gemäss den Bestimmungen über die Nutzniessung an Wäldern zu er-

¹²⁵⁾ *L. Couchepin*, S. 85.

¹²⁶⁾ *F. Hess*, a. a. O. S. 25.

folgen habe. Es handelt sich daher nur um einen «quasi usus fructus», d. h. die Materie an und für sich braucht nicht erhalten zu bleiben. Der Abbau hat aber nach einem vernünftigen Plan vor sich zu gehen. Der Eigentümer soll vor Raubbau des Berechtigten geschützt sein.¹²⁷⁾

Wenn wir unsere Betrachtungen in den wesentlichsten Zügen zusammenfassen, so erhalten wir folgendes Bild über die Kompetenzenverteilung bezüglich des privaten Bergbaurechts.

a) Das Bundeszivilrecht bestimmt ausschliesslich die Form des Rechtsverkehrs mit Bergwerken;

b) alle andern privatrechtlichen Vorschriften über das Bergrecht sind dem kantonalen Recht vorbehalten;

c) Bestimmungen, die sich nur indirekt auf die Bergwerke beziehen (Verweisung auf kantonales Recht über Notwege, Nachbarrecht etc.). Hier gelten primär die geltenden kantonalen Vorschriften. Wo keine solchen bestehen, sind die Bestimmungen des Bundeszivilrechts anzuwenden.¹²⁸⁾

¹²⁷⁾ Ueber die beschränkten dinglichen Rechte finden sich ausführliche Abhandlungen bei *Couchepin*, a. a. O. S. 138 ff.

¹²⁸⁾ *F. Hess*, a. a. O. S. 25/26.

§ 5 Die Polizei

Das Wort Polizei entstammt dem griechischen «politeia», was geordnetes Staatswesen bedeutet.¹⁾ Darunter verstand man die gesamte Staatstätigkeit. Wie der Regalbegriff, machte auch der Polizeibegriff eine Wandlung durch und zwar wurde er immer einschränkender interpretiert. Heute hat der Begriff überhaupt nur noch auf dem Gebiete der inneren Verwaltung eine Bedeutung.

Das französische Recht benützte den Ausdruck «la police», um den guten, geordneten Zustand eines Staates damit zu charakterisieren. Mit gleichem Sinn wurde der Ausdruck dann auch ins deutsche Sprachgebiet übernommen.²⁾

Im 16. und 17. Jahrhundert konzentrierte sich alle Gewalt in den Händen der Fürsten. In Frankreich war das absolutistische Königtum auf der Höhe seiner Macht. Die deutschen Fürsten versuchten die Pracht und den Pomp des französischen Hoflebens an ihren Höfen nachzuleben. Dies erforderte aber grosse Mittel. Es lag daher in ihrem Interesse, ihrem Volke möglichst gute Lebensbedingungen zu schaffen, um dann anderseits möglichst grosse Abgaben zu erhalten. Vor allen Dingen musste den Bürgern durch den Staat Ruhe und Sicherheit gewährleistet werden.

Weiter hatte der Staat aber auch die öffentliche Armenpflege zu übernehmen, da die katholische Kirche, durch die Reformation geschwächt, nicht mehr überall in der Lage war, diese Aufgabe zu erfüllen.³⁾

Ziel des Polizeistaates war somit, «die irdische und ewige Glückseligkeit des Volkes».⁴⁾ Alle Anordnungen, die irgendwie auf die Erreichung dieses Zieles hinausgingen, waren Polizeianordnungen. Wie der Landesfürst, so war auch der Beamte mit grossen Vollmachten ausgestattet und die Bürger waren seinen Anordnungen gewissermassen auf Gnade und Ungnade ausgeliefert.

Wenn auch diese Verhältnisse hauptsächlich für die deutschen Staaten zutrafen, so waren sie in gewissem Masse auch in der Eid-

¹⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 359 ff. — *O. Mayer*, S. 203. — *W. Jellinek*, S. 407.

²⁾ *Fleiner*, Institutionen. — *O. Mayer*, I S. 203.

³⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 30.

⁴⁾ *Ruck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 1934, S. 39. — *Fleiner*, *do.*

genossenschaft vorhanden. Wir haben schon bei der Beschreibung der Zustände im Jagdrecht gesehen, dass auch dort hie und da recht willkürliche Zustände herrschten.

Wir fassen zusammen. In dieser Zeit ist der Inhalt des Begriffs der Polizei am weitesten gefasst. Er umfasste auch die Wohlfahrt. Der Polizeistaat wird deshalb auch Wohlfahrtsstaat genannt.⁵⁾

Den immer mehr an Zugkraft gewinnenden Ideen der Aufklärung und des Naturrechts konnte der Absolutismus nicht lange stand halten. Das Postulat der Gewaltentrennung wurde aktuell.

Dieses liess sich praktisch unmöglich in reiner Form durchführen. Durch den Gedanken der gegenseitigen Kontrolle musste das Prinzip durchbrochen werden.⁶⁾

Das praktische Ergebnis aus diesen Lehren war, dass der Monarch in seinen Machtbefugnissen eingeschränkt wurde. Er war fortan auf die Mitarbeit von Ministern und des Volkes, resp. des Parlamentes angewiesen. So blieb ihm effektiv nur noch die Verwaltungstätigkeit.

Unter Verwaltung versteht *Fleiner* «die ganze Tätigkeit, die der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Verband zur Erreichung seiner Lebenszwecke unter seiner eigenen Rechtsordnung entfaltet und die weder in den Bereich der Gesetzgebung noch in den der Rechtsprechung fällt.»⁷⁾

Dies bedeutet, dass die polizeilichen Aufgaben eingeschränkt wurden und man darunter fortan nur noch die Verwaltungstätigkeit verstand.

Die restriktive Entwicklung des Begriffs sollte aber noch weiter gehen.

Die Verwaltung wurde in eine äussere und in eine innere Verwaltung aufgeteilt. Aufgaben, die dem Staat durch das Aussenverhältnis zufielen, wie seine Sicherung und Selbsterhaltung, also speziell das Militär- und Finanzwesen wurden zu ersterer gezählt. Alles, was dagegen im Rahmen der Förderung der Wohlfahrt, also spe-

⁵⁾ Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl., Jena 1923, Art. Polizei, Bd. VI S. 885 ff.

⁶⁾ *Montesquieu*, L'ésprit des lois, livre XI chap. 6. — *Giacometti*, Staatsrecht der Kantone, S. 273. — *Scherer*, S. 7: Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz, Diss. Zürich 1937. — *J. Roth*, Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen, Diss. Zürich 1947, S. 45.

⁷⁾ *Fleiner*, Institutionen, 1939, S. 7 ff und 4.

ziell Förderung des geistigen und wirtschaftlichen Lebens zu tun war, fällt unter die innere Verwaltung.⁸⁾

Diese wurde ihrerseits wieder unterteilt in Wohlfahrtstätigkeit, ein positives Tun der Verwaltung zur Förderung der Schulbildung, der Volksgesundheit, des Armenwesens etc. und die Polizei, d. h. eine negative innere Verwaltungstätigkeit, die praktisch in der Gefahrenabwehr bestand. Die Trennung der Wohlfahrt von der Polizei ist erstmals von *Johann Stephan Pütter*⁹⁾ und daraufhin im allgemeinen preussischen Landrecht von 1794 vorgenommen worden.¹⁰⁾ Es heisst dort: «Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.»

Wenn diese neue Auffassung des Polizeibegriffs auch nicht in allen Gesetzen verankert wurde, so fand sie praktisch doch überall in den deutschen Ländern und in der Schweiz ihre Anwendung.¹¹⁾

Heutiger Begriff der Polizei

Durch das Entstehen des liberalen Staates konnte der Begriff der Polizei nicht unberührt bleiben. *Fleiner* umschrieb den liberalen Polizeibegriff wie folgt: «Polizei ist die obrigkeitliche Tätigkeit auf dem Gebiet der inneren Verwaltung, welche der natürlichen Person und dem Eigentum der Bürger die zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötige Beschränkungen zwangsweise auferlegt.»¹²⁾

Die Auffassung, dass Zwang ein begriffsnotwendiges Merkmal der Polizei sei, wird heute von der herrschenden Meinung bestritten.¹³⁾ Der Zwang wird allerdings zugegebenermassen häufig angewandt, um die nötige Beschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen im Interesse des Gemeinwohls zu erreichen. Er ist aber nur ein Mittel zur Erreichung dieses Zweckes und zwar das schwerste zur Verfügung stehende. Er soll erst angewandt werden,

⁸⁾ *Ruck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 1934, S. 17. — *Fleiner*, Institutionen, S. 8.

⁹⁾ *Moser-Nef*, Die freie Reichsstadt und Republik St. Gallen. Bd. III; Das Polizeiwesen Zürich, 1931, S. 773.

¹⁰⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 388. — *Voigt*, S. 19.

¹¹⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 321, Institutionen, S. 388.

¹²⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 390.

¹³⁾ *Roth*, S. 100/101. — *Voigt*, S. 30 und Anm. 24.

wenn die andern Mittel wie Drohung, Mahnung etc. nicht zum Ziele führen.

Der Begriff *Fleiners* fordert folgende Konsequenzen.

- a) Ausscheidung der Rechtssetzung und der Rechtsprechung aus der Polizeitätigkeit.
- b) Ausschaltung der äussern Verwaltung aus der Polizeitätigkeit.
- c) Ausschluss der positiven Tätigkeit der innern Verwaltung, der sog. Wohlfahrtspflege, aus der polizeilichen Tätigkeit.

Dass die Polizei zur Erreichung ihrer Ziele unter Umständen einen Zwang ausüben kann, ist nicht bestritten. Die Freiheit des einzelnen Bürgers darf nicht so weit gehen, dass er durch seine Tätigkeit das gleiche Freiheitsrecht der Mitbürger und damit die öffentliche Ruhe und Ordnung gefährdet.¹⁴⁾

Fleiner erwähnt in seiner Definition die «Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts». Darunter versteht er die Verhinderung strafbarer Handlungen und rechtswidriger Angriffe gegen staatliche Institutionen.¹⁵⁾

Die Polizei hat sich daher selbst an dieses öffentliche Recht zu halten. Sie kann ihre Tätigkeit nur in Rücksichtnahme auf die übrigen Staatsgesetze ausüben. Man nennt dies den Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung.¹⁶⁾ Man kann dabei aber nicht soweit gehen, dass jede polizeiliche Massnahme, jeder Polizeibefehl und jeder Polizeizwang rechtlich begründet sein müsse.¹⁷⁾ Nicht alle Fälle der polizeilichen Tätigkeit können eine gesetzliche Regelung finden. Der Gesetzgeber ermächtigt daher die Polizei allgemein, gewissen Anschauungen, im Interesse der Einzelnen und der Allgemeinheit, Achtung zu verschaffen und gegen Hindernisse einzuschreiten. Die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung sei eine lebensnotwendige Aufgabe des Staates und die Polizei solle auf Grund allgemein anerkannten Gewohnheitsrechts auch dann eingreifen, wenn infolge der Unvollkommenheit der Polizeigesetzgebung eine besondere rechtliche Ermächtigung dazu nicht vorliege, dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieser Eingriff als geboten erscheine.¹⁸⁾

¹⁴⁾ *O. Mayer*, Bd. I S. 207.

¹⁵⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 397.

¹⁶⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 130 ff., 390.

¹⁷⁾ *E. Ruck*, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 39 ff.

¹⁸⁾ *E. Ruck*, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 39 ff.

In Theorie und Praxis wird die Polizei in Unterarten aufgeteilt. Diese werden vielfach ihrerseits noch weiter unterteilt.

Wir unterscheiden die Sicherheits- und die Spezialpolizei. Unter Spezialpolizei fallen alle die polizeilichen Tätigkeiten, wie Fremden-, Gesundheits-, Bahn-, Gewerbe-, Heerespolizei etc. Spezialpolizei nennen wir sie eben, weil sie sich auf einige Verwaltungszweige beschränkt. Ihre Aufgaben, ihre Funktion sind gegeben durch die Spezialgesetze und Verordnungen des speziellen Verwaltungszweiges.

Die allgemeine Polizeidefinition *Fleiners* gilt natürlich auch für die Spezialpolizei, dort aber nur für den Fall, dem keine besondere Bestimmung vorgeht. Denn normalerweise wird ihre Tätigkeit durch die speziellen Gesetze und Verordnungen viel genauer und ins Detail gehender umschrieben, als dies für die Generalklausel gilt. Sollte dies einmal nicht der Fall sein, so springt dann subsidiär die Bestimmung der Generalklausel ein.¹⁹⁾ Völlig anders liegen die Verhältnisse bei der Sicherheitspolizei, die sich in die Rechtssicherheits- und die Ordnungspolizei unterteilt.²⁰⁾

Fleiner ²¹⁾ erblickt die Aufgabe ersterer darin, dass sie die von der geltenden Gesetzgebung anerkannten Rechtsgüter der Einzelnen und der Allgemeinheit unmittelbar gegen Gefahren, die ihrer Existenz oder Unversehrtheit durch die schrankenlose Betätigung der individuellen Freiheit droht, schützt. Als Ordnungspolizei andererseits wird dasjenige Wirkungsgebiet der Sicherheitspolizei angesehen, welches sein Schutzobjekt nicht unmittelbar in den genannten Rechtsgütern des Einzelnen und der Allgemeinheit hat, sondern in der öffentlichen Ordnung im «Inbegriff der Normen», deren Befolgung den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirkes wohnenden Menschen angesehen wird.²²⁾

Hier bekommt die Generalklausel ihre praktische Bedeutung. Hier können nicht alle eventuell auftauchenden Polizeigefahren vorausgesehen und ins Gesetz aufgenommen werden.

Fleiners Definition der Generalklausel war in einem liberalen,

¹⁹⁾ Voigt, S. 32.

²⁰⁾ J. Roth, S. 104 ff.

²¹⁾ Fleiner, Institutionen, S. 397.

²²⁾ J. Roth, S. 105. — Fleiner, Institutionen, S. 319.

nicht aber in einem demokratischen Staate entstanden. Sie gewann trotzdem in den meisten westeuropäischen Ländern Bedeutung.

Aus seiner Generalklausel leitete *Fleiner* vier Einschränkungen für die polizeiliche Tätigkeit ab.

a) Die Polizei hat die öffentliche Ordnung zu schützen. Sie darf also ihren Arm nicht blossen Privatinteressen widmen. Anderseits ist damit auch gesagt, dass Privatleben und Privatwohnung der polizeilichen Kontrolle entzogen sind. Erst wenn diese Tätigkeit oder deren Wirkung aus dem Privatleben und der Privatwohnung in die Öffentlichkeit ausstrahlt, entsteht ein Angriffspunkt für die Polizei.

b) Der polizeiliche Eingriff muss verhältnismässig sein. D. h. wenn die Polizei das ihr gesteckte Ziel mit milden Mitteln erreichen kann, so hat sie es mit diesen zu tun und nicht unverhältnismässig scharfe Mittel anzuwenden.²³⁾

c) Die Polizei hat nur gegen Störungen und unmittelbare Gefährdungen einzuschreiten.²⁴⁾

d) Die Polizei hat sich an den Störer zu halten.²⁵⁾ Von diesem Prinzip darf die Polizei nur abweichen, wenn sie mit normalen Mitteln nicht mehr Herr der Lage werden kann. In diesem Falle kann sie sich für die Dauer des Notstandes an den Nichtstörer halten.

Gilt nun dieser Polizeibegriff *Fleiners* auch für einen demokratischen Staat? Oder erfährt er für die Schweiz gewisse Aenderungen? *Fleiner* selbst hat nun im Bundesstaatsrecht eine andere Definition für die Polizei gegeben.²⁶⁾ «Wir nennen die Polizei die Tätigkeit des Staates, die der Freiheit und dem Eigentum des Bürgers die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen (Pflichten) auferlegt, welche im Gemeininteresse erforderlich sind.» Das Erfodernis der Gewaltentrennung ist hier nicht speziell erwähnt, wohl aber auch vorausgesetzt. Das Bundesgericht beruft sich denn auch bald auf die Definition der Institutionen, bald auf die des Bundesstaatsrechts.²⁷⁾

Ueberhaupt hat die bundesgerichtliche Praxis einen ähnlichen Weg eingeschlagen, wie die Theorie. Vor allen Dingen hebt sie immer und immer wieder hervor, dass eine Beschränkung der freien

²³⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 404.

²⁴⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 402.

²⁵⁾ *Fleiner*, Institutionen, S. 404.

²⁶⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 593.

²⁷⁾ *B.G.E.*, 67 I 76. — *Fleiner*, Institutionen, 60 I 122. — Bundesstaatsrecht.

Ausübung des Handels und Gewerbes durch polizeiliche Massnahmen nur erfolgen dürfe, wenn dies der Schutz der Ordnung, der Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit erfordere²⁸⁾ und dass solche Massnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe in die freie Gewerbeausübung wird unbedingt gefordert.²⁹⁾

Voigt kritisiert den Begriff Fleiners. Er anerkennt einerseits die Einbeziehung der «Gemeininteressen», da die Polizei im liberaldemokratischen Staat bei Beschränkungen der Freiheit und des Eigentums der Bürger auf das öffentliche Wohl Rücksicht zu nehmen habe. Die liberalen Freiheitsrechte gelten nur soweit sie die Interessen des Gesamtvolkes nicht gefährden.

Andererseits versteht er aber nicht, warum Fleiner auf die liberalen Merkmale in seiner Definition im Bundesstaatsrecht verzichtet hat. Aus dieser Kritik zieht er die Konsequenzen und definiert die Polizei folgendermassen:

«Polizei ist rein negative Gefahrenabwehr der Behörden auf dem Gebiet der inneren Verwaltung, welche Freiheit und Eigentum der Bürger im Gemeininteresse beschränkt, soweit dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötig ist.»³⁰⁾

§ 6 Handels- und Gewerbefreiheit

Bei der Handels- und Gewerbefreiheit haben wir es mit einem Individualrecht zu tun. Wir berühren damit eines der grundlegendsten Verhältnisse im Staat, nämlich dasjenige zwischen Staat und Individuum.

Damit ist auch gleich die Frage gestellt, ob die Garantie individueller Freiheitsrechte für den Bestand der Demokratie notwendig sei.

²⁸⁾ B.G.E., 70 I 147, 70 I 3, 66 I 23, 63 I 220.

²⁹⁾ B.G.E., 71 I 86 E 3, 65572: «L'intervention de la police doit en effet être proportionnée au but visé. L'autorité n'a pas le droit de s'arrêter à une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré». — B.G.E. 52 I 226 E 5.

³⁰⁾ Voigt, S. 46 ff, speziell S. 48.

Hierüber herrschen zwei verschiedene Ansichten, auf die sich die heutige Ordnung stützt.

*Rousseau*³¹⁾ verneinte die Notwendigkeit von Individualrechten. Im Gegensatz dazu bejahte die anglo-amerikanische Richtung, vertreten durch *John Locke* etc. diese Frage ganz entschieden.³²⁾ In der Verfassung der USA und auch in der unsrigen bekannte man sich denn auch zu dieser Auffassung.³³⁾

Daraus folgt, dass das Individuum vor- und überstaatliche unveräusserliche und unantastbare Rechte besitzt.

Die Freiheitsrechte des Einzelnen müssen aber Schranken finden, da sonst ein ähnlicher Missbrauch eintreten würde, wie wir ihn hätten, wenn die Freiheitsrechte überhaupt nicht garantiert wären. Die Verfügungsgewalt des Einzelnen darf daher nur so weit gehen, dass durch sie nicht die Mehrheit der andern Bürger, die schliesslich auf die gleiche Freiheit Anspruch haben, in Unfreiheit geraten.³⁴⁾ Die Existenznotwendigkeit der Freiheitsrechte wird mit der menschlichen Neigung zum Gewaltmissbrauch begründet. Man will damit verhindern, dass die Volksmehrheit nicht ihrem Hange zum Missbrauch der staatlichen Gewalt nachgeben kann. Da aber die Mehrheit aus vielen Einzelnen besteht, müssen diese dem gleichen Hang zum Missbrauch unterliegen, also muss auch die ihnen gewährte staatszwangsfreie Sphäre aus dem gleichen Grunde ihre Schranken finden. Die Freiheit des Einzelnen wird noch von der Forderung nach Gleichheit übertrumpft. Die Ausübung der Freiheit muss allen gleichermassen möglich sein.³⁵⁾

Aufnahme der Handels und Gewerbefreiheit in die B.V.

Die Verfassung der Helvetik enthielt noch keine ausdrückliche Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit.³⁶⁾ Erst in der Regenerationszeit kleideten die Kantone diese in die Form eines Individualrechts.³⁷⁾

³¹⁾ *Contract social*, L I chap. VII.

³²⁾ *Redslob*, Die Staatstheorie der französischen Nationalversammlung, Leipzig 1912, S. 79 ff. 101.

³³⁾ *C. A. Spahn*, Staatsmacht und Individualsphäre, 1944, S. 14.

³⁴⁾ *Bietenholz*, S. 9.

³⁵⁾ *Bietenholz*, S. 14.

³⁶⁾ *Gewerbeverband der Stadt Zürich*, Hundert Jahre Gewerbeverband der Stadt Zürich, Festschrift, Zürich 1942, S. 1.

³⁷⁾ *His*, Bd. II S. 434 ff. — Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts.

Von da an folgten die Kantone und später der schweizerische Bundesstaat der anglo-amerikanischen These, indem sie das Freiheitsrecht direkt ins Individuum verlegten. Nebst einem wirtschaftlichen hat die Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz auch einen staatspolitischen Ursprung³⁸⁾ und erhält sich daher auch, wenn man sie vom wirtschaftsliberalen System löst. Die Handels- und Gewerbefreiheit wurde unter dem Einfluss der wirtschaftsliberalen Theorie des 19. Jahrhunderts in die B.V. aufgenommen. Dies bedeutete, dass damit die uneingeschränkte Konkurrenz gefordert wurde.

Es handelt sich also um zwei Rechte³⁹⁾, die uns die Handels- und Gewerbefreiheit gewährt. Einerseits enthält sie das aus der Staatsphilosophie *Lockes* und der Angloamerikaner hervorgegangene Individualrecht auf Freiheit und Unabhängigkeit vom Staat. Dieses wird nur durch die Schranken, die den Andern das gleiche Recht bewahren sollen, eingeschränkt. Andererseits das der wirtschaftsliberalen Theorie subjektivöffentlichrechtliche Recht des Bürgers auf unbeschränkten Wettbewerb, soweit nicht polizeiliche Interessen einen polizeilichen Eingriff unbedingt notwendig machen. In der Folge kam es nun zu einem Kampfe der beiden Zwecke der Handels- und Gewerbefreiheit um ihre Vorherrschaft. Wir können diese Entwicklung nur streifen.

Zunächst wurde der Art. 31 B.V. gemäss der wirtschaftsliberalen Theorie des unbeschränkten Wettbewerbs interpretiert.⁴⁰⁾ Gemäss ihr dürfen die in Art. 31 lit. e vorbehaltenen kantonalen Verfügungen auf jeden Fall nur polizeilicher Natur sein, niemals aber wirtschaftspolitischer Natur. *Bertheau* geht aber weiter und fordert, dass diese Verfügungen sogar den Grundsatz der freien Konkurrenz nicht verletzen dürfen.

Eine solche klare Stellungnahme liess sich aber praktisch nicht lange halten. Die Verfassungsrevisionen, sowie der staatspolitische Zweck brachten Unsicherheit in den Grundsatz. Der erste richtige Einbruch erfolgte durch die Verfassungsrevision von 1885 durch Aufnahme des Art. 31 lit. c. Hiermit lag es klar und deutlich zutage, dass man einen Eingriff im Interesse des öffentlichen Wohls

³⁸⁾ *Bietenholz*, S. 16.

³⁹⁾ Botschaft des Bundesrates über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der B.V., 10. September 1937, B.Bl. 1937, II S. 837. — *Bietenholz*, S. 18.

⁴⁰⁾ *Th. Bertheau*, Die bundesrechtliche Praxis betr. die Niederlassungsfreiheit und politische Stimmberechtigung, Diss. Zürich 1895.

auf Kosten der freien Konkurrenz machte. Die Zahl der Wirtschaften durften fortan durch die Kantone aus gesundheitspolizeilichen Gründen beschränkt werden. Die Revision führte zu einer allgemeinen Ausdehnung der Polizeihochheit. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit stand fortan nur noch in Frage, wenn es sich um andere als polizeiliche Beschränkungen handelte.⁴¹⁾

In Art. 31 lit. e wird bestimmt, dass Verfügungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht verletzen dürfen. Der Bundesrat, welcher bis 1911 staatsrechtliche Beschwerden wegen Verletzung der Gewerbefreiheit zu behandeln hatte, verstand darunter nicht die strenge, absolute Achtung der Konkurrenzfreiheit wie Bertheau, sondern eine den tatsächlichen Verhältnissen angepasste Lösung.⁴²⁾ Es wurde die Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs verlangt, die wie wir oben gesehen haben, ein Bestandteil der liberal-demokratischen Polizeidefinition ist. Wie wurde diese Bestimmung in der Praxis gehandhabt? Es gibt viele Fälle, in denen der Polizeibegriff in der bundesgerichtlichen Praxis verzerrt wurde und man dadurch wirtschaftspolitische Massnahmen begründete. Als Beispiele seien die Ordnung im Kaminfegerberuf und im Apothekergewerbe angeführt.⁴³⁾

Die Wendung zur Vorherrschaft des staatspolitischen Zwecks der Handels- und Gewerbefreiheit schritt immer weiter vor sich.

Die Art. 34, 1 B.V. und 34 ter wirkten weiter in dieser Richtung. *Bietenholz* fasst die bis dahin erlangten Erkenntnisse folgendermassen zusammen: «Staat und Freiheit sind keine unbedingten Gegensätze, welche sich ausschliessen. Es handelt sich im Gegenteil um komplementäre Begriffe, die sich um der höchstmöglichen Freiheit aller Willen ergänzen müssen. Wer als Zweck des Art. 31 nicht nur die Erzielung eines möglichst hohen Gesamtertrages der Wirtschaft, sondern auch die Erhaltung der Freiheit und Unabhängigkeit der Bürger anerkennt, der wird unter den heute gegebenen, veränderten Verhältnissen ohne weiteres Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit dann anerkennen müssen, wenn durch die schrankenlose Geltendmachung des Rechts des Einzelnen die ge-

⁴¹⁾ *Bietenholz*, S. 24; B.G.E. 47 I 41.

⁴²⁾ *Bietenholz*, S. 27.

⁴³⁾ Genauere Ausführungen darüber finden sich bei *Bietenholz*, S. 29 ff. bis 37.

setzespolitischen Zwecke selbst, das Leistungsprinzip oder die Erhaltung der Freiheit und Unabhängigkeit der Mehrheit, ernstlich gefährdet sind.»⁴⁴⁾

Der Einschränkungen zur Handels- und Gewerbefreiheit wurden immer mehrere. Die neuen Wirtschaftsartikel haben nun die Grundlage für die Weiterentwicklung des Begriffs geschaffen.⁴⁵⁾

Heutiger Begriff und geltende Einschränkungen

Die Handels- und Gewerbefreiheit macht aus der Schweiz eine einheitliche Volkswirtschaft. Da mit staatsrechtlichen Beschwerden nur kantonale Verfügungen angefochten werden können (Art. 84 O.G.) besteht bei Verletzung des Begriffs durch die Bundesbehörden keine Sanktion.

Wie wir bereits gesehen haben, ist die Handels- und Gewerbefreiheit gegen den Staat gerichtet. Sie kann also z. B. nicht im Nachbarrecht geltend gemacht werden. Was haben wir unter Gewerbe zu verstehen? Es umfasst im Sinne, wie wir den Ausdruck hier brauchen, jede private, berufsmässige und selbständige Erwerbstätigkeit. Es unterstehen ihr also auch die Landwirtschaft, aber auch die wissenschaftlichen Berufsarten. Ob auch die Landwirtschaft unter der Gewerbefreiheit stand, war früher umstritten.⁴⁶⁾ Durch die neuen Wirtschaftsartikel ist dies entschieden bejaht worden.

Es stellte sich bei der Diskussion der Räte über den Entwurf der neuen Wirtschaftsartikel die Frage, ob prinzipiell der oberste Grundsatz weiterhin der der Gewerbefreiheit bleiben solle und inwieweit die Konkurrenzfreiheit bestehen bleiben solle.

Man wollte mit der Revision der B.V. einen klaren Weg für die Zukunft zeichnen. Durch all die Kompromisse, die geschlossen werden mussten, ist dieses Vorhaben wieder vereitelt worden und wir haben mehrere weit dehbare Begriffe in den neuen Wirtschafts-

⁴⁴⁾ *Bietenholz*, S. 54/85.

⁴⁵⁾ Botschaft des Bundesrates vom 10. September 1937. Bundesbeschluss vom Dezember 1939 über die Revision der Wirtschaftsartikel. Neue Vorlage vom 4. April 1946.

⁴⁶⁾ *E. His*, Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz, 1934, S. 248. — *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., 1931, S. 233. «Unter Handel und Gewerbe im Sinne von Art. 31 B.V. ist jede berufsmässige Erwerbstätigkeit zu verstehen, nicht bloss eine spezielle kaufmännische oder gewerbliche, BBl. 1895, I S. 212.

artikeln. Je nach der herrschenden Politik wird die Interpretation auf diese oder auf die andere Seite erfolgen.

Im folgenden wollen wir kurz untersuchen, wie das Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit in den neuen Wirtschaftsartikeln verankert wurde. Um im Rahmen dieser Arbeit zu bleiben, wird es uns nicht erlaubt sein, auf alle Details einzugehen. Durch die Voranstellung des Art. 31 vor den sog. Wohlfahrtsartikel 31 bis Abs. 1 wird klar der Wille bekundet, dass als oberstes Prinzip das der Handels- und Gewerbefreiheit weiterhin gelten solle.⁴⁷⁾ Diese ist weiterhin in der B.V. als Individualrecht verankert.

Im übrigen ändert der Art. 31, 1 nichts an der rechten Ordnung des alten Art. 31 B.V.

«Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die B.V. und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.»

Dieser Zusatz, «soweit sie nicht durch die B.V. . .», wurde erst durch den Nationalrat hinzugefügt. Er bedeutet, dass jede gewollte Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit aus dem entsprechenden nachfolgenden Art. der B.V. ausdrücklich oder doch zumindest klar aus dem Text hervorgehen muss. Dieser Punkt bildet aber gerade eine Schwierigkeit. Dieses Erfordernis wird aber nur durch Art. 31 Abs. 2 und Art. 31 bis Abs. 3 erfüllt. Es sind dies also hauptsächlich die Regalien (Art. 31, 2). Doch auf deren Stellung zur Handels- und Gewerbefreiheit werden wir noch im nächsten Abschnitt zu sprechen kommen.

«Kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe und deren Besteuerung bleiben vorbehalten. Sie dürfen jedoch, soweit die B.V. nichts anderes vorsieht, den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen. Vorbehalten bleiben auch die kantonalen Regalrechte.»

Dies Art. 31 Abs. 2. Daraus folgt: Handels- und gewerbepolizeiliche, steuer- und abgaberechtliche Vorschriften können von den Kantonen erlassen werden, solange sie sich an die Handels- und Gewerbefreiheit halten.⁴⁸⁾

⁴⁷⁾ Diese Umstellung erfolgte in der Differenzenbereinigung.

⁴⁸⁾ W. Burckhardt, Kommentar B.V., S. 237 ff., 246 ff. — Es entspricht dies dem alten Art. 31 e B.V. — Botschaft B.R. Revision der Wirtschaftsartikel, S. 885 B.Bl. 1937. «Somit bleibt einzig lit. e übrig, welche eigentlich gar keinen Vorbehalt gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit bildet, da nach dem letzten Satz die betreffenden Verfügungen dem Grundsatz der Handels- und Gewerbe-

Wir haben es hier also mit keinem eigentlichen Vorbehalt zu tun. Dieser trifft nur für die Regalrechte zu.

Mit Art. 31 bis Abs. 1 B.V. kommen wir zu einem sehr diskutierten Teil der neuen Wirtschaftsartikel. Die Beurteilung ist je nach der politischen Einstellung desjenigen, der sie vornimmt, eine verschiedene. *Schürmann* betrachtet diesen Abs. 1 als rechtlich bedeutungslos und vergleicht ihn mit Art. 2 B.V.⁴⁹⁾ «Der Bund trifft im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen.» Denn die Möglichkeiten des Bundes sind ja auf die verfassungsmässigen Befugnisse beschränkt. Die Ansicht, dass die Vorschrift dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit unterstehe, wurde auch in den Räten vertreten.⁵⁰⁾ Sie ist jedoch nicht sehr eindeutig, und könnte leicht später eine andere Auslegung finden.⁵¹⁾

Praktisch gesehen, wird es dem Bund dennoch möglich sein, ohne Sanktion den Art. 31 bis Abs. 1 gleich wie er dies bei Art. 2 B.V. tat, als Grundlage für Bundesgesetze zur Erhaltung der Wohlfahrt heranzuziehen.

Schürmann kleidet seine Bedenken in folgende Worte: «Wenn er auch kein Programm enthält, so kann er doch für sehr vieles herangezogen werden: von einer vermehrten Sozialgesetzgebung und von der Vollbeschäftigung über die Demokratisierung der Wirtschaft bis zur Sozialisierung und Nationalisierung. Die Deklamation hat damit ihre politischen Grundzüge.» Er kommt dann zum Schluss, dass, wenn der Art. auch planwirtschaftliche Tendenzen enthalte, so sei er jedenfalls heute — auch politisch — nicht gefährlich.

Art. 31 bis Abs. 2 B.V. gibt dem Bund die Kompetenz, unter Wahrung allgemeiner Interessen der schweizerischen Volkswirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe zu erlassen und Massnahmen zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe zu treffen.

Er ist dabei allerdings an die Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Durch den zweiten Teil des Abs. erhält der Bund speziell

freiheit» selbsts nicht beeinträchtigen dürfe. Wir halten es für richtig, diese Bestimmung als Abs. 2 des Art. 31 beizubehalten...»

⁴⁹⁾ *Schürmann Leo*, Wirtschaftsartikel, S. 8 ff.

⁵⁰⁾ *Sten. Bull.*, N.R., 1946, S. 53. Votum Bundesrat Stampfli.

⁵¹⁾ *Schürmann*, a. a. O. S. 11.

die Gesetzgebungsbefugnis für die Landwirtschaft und den Fremdenverkehr.

Art. 31 bis Abs. 3 bildet ein Kernstück der Revision. Für die Fälle, in denen es das Gesamtinteresse rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Vorschriften zu erlassen. Der Einbruch in das Prinzip ist aber nur unter gewissen einschränkenden Voraussetzungen zulässig. Das Gesamtinteresse muss vorerst die Abweichung rechtfertigen. Fernerhin darf die Abweichung nur «nötigenfalls», d. h. wenn das gleiche Ziel nicht mit einem weniger starken Mittel erreicht werden könnte, erfolgen. *Schürmann* fasst diesen Gedanken in die Worte, dass die Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit niemals den Weg des geringsten Widerstandes bedeutet.⁵²⁾

Eine weitere Einschränkung für den Wirkungskreis des Abs. 3 finden wir im Abs. 4, wonach Bestimmungen gemäss lit. a und b nur zu erlassen sind, wenn die zu schützenden Wirtschaftszweige oder Berufe diejenigen Selbsthilfemassnahmen getroffen haben, die ihnen billigerweise zugemutet werden können. Durch den neuen Art. 31 ter Abs. 1 können die Kantone, wenn durch übermässige Konkurrenz eine Existenzbedrohung vorliegt, im Gastwirtschaftsgewerbe und zwar auch für alkoholfreie Wirtschaften die Bedürfnisklausel einführen.

Der Bund kann ferner die Kantone im Rahmen seiner eigenen Gesetzgebungsbefugnis ermächtigen, Vorschriften zu erlassen auf Gebieten, die keiner allgemeinen Regelung durch den Bund bedürfen und für welche die Kantone nicht kraft eigenen Rechts zuständig sind. (Art. 31 ter Abs. 2.)

In den weitem Art. der neuen Wirtschaftsartikel wird die verfassungsmässige Grundlage geschaffen für Bankengesetzgebung (Art. 31 quater B.V.), für Massnahmen zur Verhütung von Wirtschaftskrisen (Art. 31 quinquies). Die in Art. 31 bis, 31 ter Abs. 2, Art. quater und Art. 31 quinquies genannten Bestimmungen dürfen nur durch Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse eingeführt werden, für welche die Volksabstimmung verlangt werden kann. Für Zeiten wirtschaftlicher Not besteht ein Vorbehalt.

Ferner wird die Grundlage geschaffen für die Sozialgesetzgebung. Art. 34 ter, lit. a—g Abs. 2—4.

⁵²⁾ *Schürmann*, S. 17.

Wir fassen zusammen. Auch durch die neuen Wirtschaftsartikel ist an der Tatsache nichts gerüttelt worden, dass die Wettbewerbswirtschaft unserem Wirtschaftssystem zu Grunde liegt.

Die neuen Wirtschaftsartikel wollen die Abgrenzung der Handels- und Gewerbefreiheit festsetzen. Durch sie ist dem Bund die Möglichkeit gegeben worden noch mehr als bisher Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung zu erlassen.

Viele Bestimmungen sind aber auch jetzt unklar und können verschieden interpretiert werden. Dass dies zutrifft, bewies bereits die Beratung in der Bundesversammlung, wo vieles anders interpretiert wurde, als dies in der Botschaft geschah.

Sie stellen ein Kompromisswerk dar und daher liegt ihnen diese Zweideutigkeit inne. Ihre Interpretation wird je nach den politischen Kräfteverhältnissen eine verschiedene sein.

§ 7 Regal-, Handels- und Gewerbefreiheit

Es stellt sich nun die Frage, ob durch die Beanspruchung der Regalien im engern Sinne und der Gewerberegalien oder Fabrikationsmonopole nicht eine Verletzung der in der B.V. garantierten Handels- und Gewerbefreiheit entsteht.

Die Gewerberegalien oder Fabrikationsmonopole widersprechen sachlich der Handels- und Gewerbefreiheit, währenddessen dies für die Polizeibestimmungen, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist. Sie sind jedoch vorbehalten und es fragt sich nur, wie weit der Vorbehalt reicht, d. h. ob die Kantone beliebige Wirtschaftszweige auf Grund des Vorbehaltes verstaatlichen dürfen. Der Bund bedarf für die Einführung neuer Monopole stets einer Verfassungsrevision durch Einführung einer besondern Kompetenz.

Diese Behauptung braucht nun nicht ausnahmslos zuzutreffen. Es kann der Fall eintreten, wo der Polizei kein besseres Mittel mehr übrig bleibt um ihren Zweck zu erreichen, als das der staatlichen Monopolbildung. In der Regel sind aber die Monopole eine Ausnahme von der Handels- und Gewerbefreiheit. Als solche sollten sie in der B.V. zu finden sein. Im alten Art. 31 B.V. ist einzig das Salzregal als kantonales ausdrücklich erwähnt. Die Praxis und Literatur hat aber auch weitere schon vor 1874 bestehende Regalien anerkannt. So das Bergbau-, das Jagd- und das Fischereiregal und die staatliche

obligatorische Brandversicherung. Eine weitere Möglichkeit für ein Regal entsteht auf Grund von Art. 31 in Art. 27 B.V., der den Kantonen die Monopolisierung des Unterrichts nicht verbietet.⁵³⁾ Wenn diese Monopole auch nicht in allen Kantonen bestehen, so stehen sie heute doch allen zu, wenn sie sie beanspruchen, denn Art. 31 B.V. lässt sich nicht auf verschiedene Kantone verschieden anwenden.

Geteilter Ansicht ist man sich nun in der Doktrin vor allem darüber, ob die Einführung weiterer Gewerberegalien gestattet ist. Bevor wir auf die verschiedenen Ansichten eintreten, haben wir uns klar zu machen, in was für Formen die Gewerberegalien auftreten können. Wir haben ihrer zwei zu unterscheiden, das rechtliche und das sog. faktische Monopol.

a) Das rechtliche Monopol gibt seinem Inhaber in einem sachlich und räumlich bestimmten Bereich das alleinige Recht auf Errichtung und Betrieb eines Unternehmens und damit das Recht auf Ausschluss seiner Konkurrenzierung durch Dritte.⁵⁴⁾ Wesentlich ist dabei, dass der Inhaber diese Ausschliesslichkeit durch einen Rechtsatz erhält.⁵⁵⁾ Wesentliche Kriterien des rechtlichen Monopols sind demnach ein Gewerbe, die Begründung oder Uebernahme desselben durch den Staat und die Ausschliessungsbefugnis desselben, mit eventueller Möglichkeit der Verleihung.

b) Im Gegensatz zum rechtlichen unterscheiden wir das faktische Monopol. Es entsteht, ohne durch ein Gesetz begründet zu sein. Die tatsächlichen oder faktischen Monopole sind auch nicht mit einer Ausschliessungsbefugnis versehen. Den Privaten wird aber das Gewerbe indirekt verunmöglicht.

Das faktische Monopol gibt dem Inhaber die Befugnis, das öffentliche Grundeigentum eines bestimmten Gebietes für alle zur Ausübung des Monopols nötigen Handlungen zu benutzen. Dadurch wird dem Inhaber praktisch eine ähnliche Stellung verliehen, wie wenn er Inhaber eines rechtlichen Monopols wäre.⁵⁶⁾

Die herrschende Meinung lässt derartige faktische Monopole auf dem Weg über die Verfügung über die Strassen (Verweigerung

⁵³⁾ W. Burckhardt, Kommentar B.V., Art. 31.

⁵⁴⁾ E. Ruck, Rechtsgutachten betreffend die Elektrizitätsversorgung im Kanton Zug, 1944, S. 3.

⁵⁵⁾ Siehe auch Eder, Die Verfassungsmässigkeit der kantonalen und kommunalen Monopolanstalten auf der Grundlage von Art. 31 B.V., Diss. iur. Heidelberg, 1917, S. 13 ff.

⁵⁶⁾ Z. B. E. Ruck, Rechtsgutachten, a. a. O. S. 4.

von gesteigertem Gemeingebruch und von Sondernutzungsrechten) zu.

Es tauchen aber hier verschiedene Bedenken auf. Allgemein wird bei der Gas- und Wasserversorgung ein solches faktisches Monopol angenommen. Das Bundesgericht hat in BGE 73 im Falle *Migros contra Luzern* entgegen einem frühern Entscheid entschieden, dass niemand einen Anspruch auf die Bewilligung einer über den Gemeingebruch hinausgehenden Strassenbenützung nach Art. 31 B.V. habe und damit die Ansicht der herrschenden Meinung unterstützt.

Man kann sich aber immerhin fragen, ob ein Entscheid in dieser Richtung gerechtfertigt sei, da damit dem Gemeinwesen ein Mittel in die Hand gegeben wird, in allen Berufen und Wirtschaftszweigen, in denen man nicht ohne intensive Strassenbenützung auskommt, ein anderes Wirtschaftssystem zu begründen, als das der freien Verkehrswirtschaft.

Ferner ist es auch durchaus nicht eindeutig entschieden, ob infolge der Unterführung oder Ueberführung von Leitungen (im Boden und in der Luft) überhaupt eine über den Gemeingebruch hinausgehende Strassenbenützung vorliegt. Sie stört nämlich die Strassenbenützung im Gemeingebruch gar nicht.

Etwas anders liegen die Umstände bei der Elektrizitätsversorgung. Art. 46 der B.G. über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen von 1902 gibt den Gemeinden (nicht auch den Kantonen) das Recht, fremde Leitungen in oder über ihren Strassen und Wegen nicht zu dulden, um so das eigene Werk im Absatz zu schützen und zwar auch für Gemeindewerke, die bloss Zwischenhändler sind und nicht produzieren (B.G.E., *Elektra-Deitingen*). Das Gemeindemonopol ist tatsächlich ein indirektes. Ist es aber mit Rücksicht auf Art. 46 nicht doch ein rechtliches Monopol? Denn das Verfügungsrecht über die Strassen und Wege zum Zwecke des Konkurrenzschutzes wird ja durch eine Rechtsvorschrift des Bundes begründet. Wohl darf nach dem Bundesgericht die Verfügung über die Strassen und Wege nicht zu einem fiskalischen Zweck geschehen. Es ist aber schwer festzustellen, wann die Energieversorgung durch eine Gemeinde fiskalische Zwecke verfolgt und wann nicht. Dies besonders bei Gemeinden, die nicht Energie produzieren, sondern bloss verteilen.

Damit haben wir die grundlegenden Unterschiede dieser beiden

Institute genügend umschrieben und werden in den folgenden Betrachtungen darauf Rücksicht zu nehmen haben.

Welche Regalien und Monopole hat nun Art. 31 B.V. vorbehalten? Gibt es solche, die von den Kantonen neu beansprucht werden? *Burckhardt* äussert sich darüber folgendermassen⁵⁷⁾: «Es bestanden aber schon 1874 andere Staatsmonopole, die Art. 31 B.V. gewiss nicht aufheben wollte, z. B. das Berg-, Jagd- und Fischereiregal und in 17 Kantonen auch die obligatorische staatliche Immobilienbrandversicherung. Die Verfassungsmässigkeit dieser Monopole ist nie in Frage gestellt worden. Nach diesen Vorgängen muss man sich fragen, ob die Kantone nicht auch andere staatliche Versicherungsanstalten ins Leben rufen könnten, wie Hagel-, Vieh-, Arbeitslosenversicherungen und ob sie nicht auch auf anderen Gebieten die staatliche Fürsorge an Stelle der privaten Industrie setzen können.»

Burckhardt bejaht diese Frage eindeutig. «Mit Einsicht ist zu Gunsten der kantonalen Autonomie zu entscheiden. Art. 31 richtet sich nicht sowohl gegen staatliche Wohlfahrtseinrichtungen und Regalien, als gegen die illiberale Gewerbepolizei, die nicht sowohl gegen die Ersetzung der Privattätigkeit durch staatliche Anstalten als gegen die der Privattätigkeit auferlegten Fesseln und die Privilegien zugunsten einzelner Individuen oder ganzer Klassen gerichtet ist.»

Ihrem Wortlaut nach sieht die Bestimmung allerdings so aus, dass aus ihr auf den Ausschluss der Verstaatlichung dieser Gewerbe geschlossen werden könnte.

Burckhardt verwirft aber diese Art der Auslegung, indem er dem Gesetzgeber nicht zumutet, dass er die Entwicklungsmöglichkeit des Staates durch ein Verbot weiterer Verstaatlichungen eingeschränkt habe. Er kommt somit zum Schluss, dass sowohl Kantone wie auch Gemeinden ein Gewerbe verstaatlichen können. Er schränkt diese Möglichkeit allerdings dahin ein, dass nur Gründe des öffentlichen Wohls und nicht solche finanzieller Art eine Verstaatlichung rechtfertigen können. Weiter müssen diese gewerblichen Tätigkeiten des Staates und der Gemeinden durch Gesetze oder auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden Vorschriften begründet werden.

Eine gegenteilige Ansicht in der Doktrin vertritt *Fleiner*. Seiner Ansicht nach widerspricht die Uebertragung der Mobiliar- und

⁵⁷⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., 1931, Art. 31 S. 228 ff.

der Gebäudeversicherung an kantonale Monopolanstalten den Verfassungsvorschriften. Er ist der Ansicht, dass nur die B.V. Ausnahmen gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit zulassen kann.⁵⁸⁾ Mit *Burckhardt* stimmt *Fleiner* darin überein, dass er die Möglichkeit der Entstehung faktischer Monopole anerkennt. Aber auch hier verlangt er, dass solche nur im Interesse des öffentlichen Wohls und nicht aus fiskalischen Rücksichten errichtet werden.

*Ruck*⁵⁹⁾ verlangt, um zu einer Lösung der Frage zu kommen, eine scharfe Scheidung der Betriebe des privatwirtschaftlichen Erwerbes von den Betrieben der öffentlichen Fürsorge. Schliesslich kommt er zum gleichen Ergebnis wie *Burckhardt*: «Wenn ein Kanton auf verfassungsmässig einwandfreiem Wege ein Unternehmen, wie etwa die Gebäudeversicherung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, ohne fiskalische Erwerbsabsicht als öffentlichrechtliche Anstalt einrichtet, so kann er einer solchen Anstalt auch das Monopol verleihen. Das Recht der Gewerbefreiheit steht dem nicht im Wege, weil es sich nicht um einen dem Erwerb dienenden privatwirtschaftlichen Gewerbebetrieb, sondern um eine dem öffentlichen Interesse gewidmete öffentlichrechtliche Anstalt handelt.» *Ruck* führt dann weiter aus, dass die Verneinung der finanziellen Interessen zur Zulässigkeit nicht ausschliesse, dass das Unternehmen nach kaufmännischer Art geführt werde, also eventuell auch Gewinne erzielt werden. Das Kriterium bilde das Moment, dass der Staat das Unternehmen auch dann weiterführe, wenn der Anstaltsbetrieb für den Staat keinen Gewinn oder sogar Verluste bringe.

Betrachten wir nun im folgenden die Stellungnahme der Judikatur. Sie folgt im wesentlichen der Auffassung *Burckhardts*. Schon früh wurde das Moment der Unzulässigkeit der Errichtung neuer Monopole aus fiskalischen Gründen anerkannt.⁶⁰⁾

So erkannte der Bundesrat als unzulässig die Einführung des Sodamonopols, da er ihr den Charakter einer rein handelspolitischen Massnahme aberkannte und ihr im Gegenteil finanzpolitische Motive zuschrieb.⁶¹⁾ Ebenso wurde das Kartenspielmonopol abgelehnt. In einem andern Entscheid hat das Bundesgericht die Ansicht geäussert, dass die verfassungsmässige Garantie des Art. 31 B.V. sich

⁵⁸⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, 1923, S. 382.

⁵⁹⁾ *E. Ruck*, Staatsrecht, S. 57.

⁶⁰⁾ *W. Burckhardt*, Bundesrecht, Bd. II Nr. 426 II. — *B.G.E.*, 47 I 242.

⁶¹⁾ *L. v. Salis*, Bundesrecht, 1903, Bd. II Nr. 756.

grundsätzlich nur auf diejenigen Gewerbe beziehe, die der Staat überhaupt den einzelnen Bürgern zur freien Konkurrenz überlassen hat. Sie sei daher auf diejenigen Zweige der gewerblichen Betätigung, die der Staat entweder in den Bereich der öffentlichen Verwaltung hineingezogen hat oder aber als Monopol organisiert hat, von vornherein unanwendbar.⁶²⁾ Die Rechtsprechung anerkennt also die Neubildung faktischer oder tatsächlicher Monopole, wenn sie den von der Doktrin und Gerichtspraxis anerkannten Erfordernissen genügen. Ueber die Zulässigkeit neuer rechtlicher Monopole dagegen spricht sie sich nicht klar aus, abgesehen von zit. Entscheid 33 I 52, sondern vermeidet eine Stellungnahme.⁶³⁾

Damit haben wir die Lage, wie sie bis zur Revision der neuen Wirtschaftsartikel bestand, umschrieben. Die Abänderung des alten Art. 31 B.V. liess die Diskussion um diese Frage wieder aufleben.

Im Entwurf des Bundesrates⁶⁴⁾ wurden die Vorbehalte der verschiedenen eidgenössischen und kantonalen Regalien und Monopole ganz weggelassen. Die Erwägungen, die zu diesem Schritt geführt haben, finden wir in der Botschaft des Bundesrates. Die Aufzählung der gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit vorbehaltenen Regalien und Monopole war im alten Art. 31 unvollständig. Es besteht aber kein Grund, von den bestehenden Monopolen und Regalien die einen in den Vorbehalt des Art. 31, 2 aufzunehmen und die andern nicht, da in allen Fällen das Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit das gleiche sei. Es stelle sich noch die Frage, ob neue Monopole oder Regalien beansprucht werden können. Für den Bund sei dies klar, da er eine neue Aufgabe nur übernehmen könne, wenn ihn die Verfassung dazu ermächtige. Anders sei es freilich gegenüber den Kantonen. Die Fassung des alten Art. 31 B.V. gebe aber auch keine Lösung und so habe man sich entschlossen, die unvollständigen Vorbehalte überhaupt wegzulassen.

Die ständerätliche Kommission konnte sich mit dieser vom Nationalrat angenommenen Lösung nicht zufrieden erklären. Sie fügte dem Art. einen neuen Absatz mit dem Wortlaut: «Vorbehalten bleiben die kantonalen Regalrechte» bei. Dies gab aber wieder zu neuen Fragen Anlass. Folgende Ueberlegungen führten zu der genannten

⁶²⁾ *B.G.E.*, 38 I 52.

⁶³⁾ *W. Burckhardt*, Gutachten an E.V.D. vom 27. Juli 1933 betr. Art. 34 ter zu Art. 31 B.V. Er bezeichnet dort diesen Zustand als eine Halbheit.

⁶⁴⁾ 10. September 1937 B.Bl. 1937, II S. 833 ff. Entwurf und Botschaft.

Abänderung. Es wurde in der Kommission erklärt, die Regalien des Bundes seien in der B.V. aufgeführt. Die ständerätliche Kommission hatte nun Bedenken, dass man aus der Neufassung des Art. argumentum e contrario folgern könne, dass das Salzregal gar nicht mehr den Kantonen gehöre. Andererseits war man sich aber auch über das Bergregal im unklaren. So kam man schliesslich zur Lösung, den allgemeinen Vorbehalt in den Art. aufzunehmen. Dieser Vorbehalt war berechtigt wegen des Widerspruches der Regalien und Monopole zur Handels- und Gewerbefreiheit.

Es bleibt noch die Frage zu beantworten, ob die Neuformulierung des Art. irgend einen Einfluss auf die bisherige Doktrin oder Praxis habe. Dies dürfen wir verneinen, nachdem wir soeben die Motive, die zu der Aenderung führten, kennen gelernt haben.⁶⁵⁾ Also, bleibt uns zum Schluss noch übrig, zu versuchen eine Antwort auf die zu Beginn gestellte Frage zu geben.

Zur Beurteilung der Frage müssen wir jedoch festhalten, dass sich die bisherige gerichtliche Praxis anlässlich zweier ganz bestimmter Fälle herausgebildet hat. Ich denke hier an das Brandversicherungs- und Elektrizitätswerkmonopol. Sie sind es aber auch gewesen, die zur Beurteilung unserer Frage in der Doktrin die praktischen Beispiele lieferten. Dies sind nun aber tatsächlich zwei ganz spezielle Fälle, weil beide vom Bund als öffentliche Aufgabe anerkannt sind.⁶⁶⁾

Von viel grösserer Bedeutung als diese zwei Fälle kann aber z. B. das Bestreben eines Kantons sein, seine Wirtschaftsordnung zu ändern.⁶⁷⁾ (Weitgehendes Handelsmonopol, Verstaatlichung.) Ein solches Bestreben braucht nicht auf fiskalischen Gründen zu beruhen. Denn die Verstaatlichung kann ja aus ideellen oder doch wenigstens aus wirtschaftspolitischen Gründen, die eventuell sogar im öffentlichen Interesse dieses Kantons, der mehrheitlich für die Sozialisierung eingestellt ist, liegen.

Hier haben wir aber doch zu bedenken, dass auch die neuen Wirtschaftsartikel auf dem Boden der Privatwirtschaft stehen und dass die Handels- und Gewerbefreiheit aus der Schweiz eine einheitliche Volkswirtschaft macht. Durch sie fielen die Schranken zwi-

⁶⁵⁾ *Botschaft des Bundesrates*, a. a. O. S. 50. — *Sten. Bull.*, Nationalrat, 1938, S. 338/339.

⁶⁶⁾ *Versicherungsaufsichtsgesetz*, Art. 1 Abs. 5. — *Elektrizitätsgesetz*, Art. 46.

⁶⁷⁾ Siehe auch Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements 24. November 1938, betreffend «Vorbehalt der kantonalen Regalien».

schen den Kantonen. Die Wirtschaftsverfassung unseres Landes wird zudem neben Art. 31 B.V. auch durch die Eigentumsgarantie und das Privatrecht gebildet.

Es ist deshalb anzunehmen, dass das Kriterium des öffentlichen Wohls nicht nur in Bezug auf den Kanton, sondern auch in Bezug auf den Bund zu überprüfen ist. Denn es kann nicht zulässig sein, dass das von der B.V. prinzipiell anerkannte System der Privatwirtschaft durch Massnahmen der einzelnen Kantone ausgehöhlt wird. Diese Einschränkung finden wir auch bei *Burckhardt* ⁶⁸⁾, der, wie wir gesehen haben, prinzipiell für die Zulässigkeit neuer Monopole eintritt. Er verlangt von den Kantonen, dass sie in der Ausübung ihrer Autonomie der Einheit des Ganzen Rechnung tragen müssen.

Das Bundesgericht wird dabei im Einzelfall zu entscheiden haben, ob die Kantone dieser Einheit Rechnung tragen. Der Begriff des öffentlichen Wohles kann sich mit der Zeit ändern. Es ist daher wohl möglich, dass ein Monopol, das wir heute für unzulässig halten, später zugelassen wird.

Es geht ja nicht an, die Inanspruchnahme neuer Gewerberegalien durch den Staat schlechthin auszuschliessen. Es ist immer der Fall denkbar, dass die Einführung eines Monopols sehr wünschenswert erscheint.

Eine durchaus annehmbare Lösung wäre es deshalb, nur solche neue kantonale Monopole zuzulassen, die das Bundesrecht als öffentliche Aufgabe des Gemeinwohls anerkannt hat.⁶⁹⁾

⁶⁸⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V. 1931, S. 229, Fussnote 2.

⁶⁹⁾ Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements, a. a. O.

Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen im allgemeinen

§ 8 Der Bundesstaat

A. Begriff

Wir wollen gleich zu Beginn feststellen, dass wir den Begriff politisch und rechtlich auffassen können.

a) Politische Betrachtungsweise

Der Bundesstaat ist eine historisch noch junge Erscheinungsform des Staates. Die Gründer der Vereinigten Staaten von Amerika waren die Ersten, die sich dieser Staatsform bedienten.¹⁾ Der Ausdruck Staatenstaat²⁾, wie wir den Bundesstaat auch nennen, hebt uns klar die politische Idee des Begriffs hervor. Wir verstehen unter ihm den Zusammenschluss von selbstherrlichen Staaten, unter Wahrung ihrer Selbständigkeit, zu einem rechtlich organisierten Gesamtstaat.³⁾

b) Rechtliche Betrachtungsweise

Ein Staatenbund ist die Verbindung von Staaten zur Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen und Besorgung der gemeinsamen Angelegenheiten. Wesentlich ist dabei die Entstehungsform durch Vertrag. Der Staatenbund bildet zwar auch ein Staatsganzes, das als solches aber nicht wieder eine selbständige Organisation mit seinen Organen besitzt.⁴⁾ Den einzelnen Gliedstaaten ist ein Rücktritt vom Vertrag möglich.

Ein Bundesstaat ist ein zusammengesetzter Staat, dessen Verfassung die staatlichen Tätigkeitsgebiete unter mehrere staatlich organisierte Gebietskörperschaften verteilt. Diese Gebietskörperschaften sind der Bund und die Gliedstaaten.⁵⁾ Im Bundesstaat besteht neben den einzelnen Gliedstaaten ein vollständig organisierter Gesamtstaat, in dem die zur Einheit verbundenen Gliedstaaten einen neuen Rechtsträger bilden, der die Bundesgewalt kraft eigenen

¹⁾ 17. September 1787.

²⁾ Laband, Bd. I S. 55. Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1901.

³⁾ Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 16. — W. Burckhardt, Organ., S. 155.

⁴⁾ Brügger, S. 51.

⁵⁾ Prof Huber, Abhandlung zum schweizerischen R.N.F., Heft 19, S. 16. Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen.

Rechts (nicht im Auftrag der Gliedstaaten) inne hat.⁶⁾ Grundlage des Bundesstaates ist die Verfassung.

Die Frage, wie der Bundesstaat rechtlich zu erklären sei, ist eine umstrittene. Die Kontroverse pendelt zwischen Staatenbund, Bundesstaat und Einheitsstaat hin und her. Der Streit geht im wesentlichen darum, ob die Souveränität teilbar sei oder nicht und ob sie ein dem Staatsbegriff wesentliches Merkmal bilde.

In den wesentlichen Punkten zusammengefasst, lassen sich die Meinungsverschiedenheiten auf folgende paar Ansichten zusammenfassen:

aa) Der Bundesstaatsbegriff weist zwei Merkmale auf, ein völkerrechtliches in der Vereinigung von völkerrechtlichen Staaten und ein staatsrechtliches in der Unterordnung dieser Staaten unter einen Gesamtstaat.⁷⁾

bb) Der Bundesstaat ist ein staatsrechtliches Verhältnis. Die eine Richtung vertritt nun hier die Ansicht, dass die Gliedstaaten und der Bundesstaat (Gesamtstaat) selbständig nebeneinander bestehen und jeder von ihnen souverän sei. Es wird hier also eine Teilung der Souveränität behauptet. Dies sei der Unterschied zum Staatenbund, wo eben nur die Gliedstaaten souverän seien.⁸⁾

Die andere Richtung hält diese Ansicht für unhaltbar und bestreitet aufs heftigste die Teilbarkeit der Souveränität. Dies führt zu einer weiteren Zweiteilung. Die einen bestreiten den Gliedstaaten die Souveränität, anerkennen sie aber immerhin noch als Staaten, währenddessen die andern ihnen auch rundweg den Staatscharakter abstreiten,⁹⁾ ¹⁰⁾ und so sind diese gezwungen, ein Unterscheidungsmerkmal der Gliedstaaten zu den Kommunalverbänden zu finden.

Kritik

Betrachten wir zuerst die unter aa) angeführte Ansicht. Um ihre Möglichkeit prüfen zu können, wenden wir sie am besten auf

⁶⁾ *Brügger*, S. 53 ff.

⁷⁾ *Max Huber*, Die Entwicklung des Staatsbegriffs Z. s. R.N.F., Bd.23, S. 10.

⁸⁾ *De Tocqueville*, De la démocratie en Amérique, Paris 1836. — *Rütimann*, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, § 49, Zürich 1872.

⁹⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 52 ff. — *Burckhardt*, Organisation, S. 156 ff. — *Ruck*, Staatsrecht, S. 27 ff. — *Laband*, 5. Auflage, Staatsrecht des deutschen Reiches, S. 54. — *Jellinek*, System der sub. off. Rechte, 2. Auflage, etc.

¹⁰⁾ *Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Bd. I S. 800 ff., 1892. — *Giacometti*, Bundesrecht bricht kantonales Recht, S.J.Z., Bd. 26 S. 294, etc.

einen gegebenen Bundesstaat an. Soll sie brauchbar sein, so darf sie in sich keine Widersprüche enthalten und muss von den Wesensmerkmalen des Bundesstaates ausgehen.

In dem Zusammenschluss der Gliedstaaten zu einem Gesamtstaat könnte höchstens aus historischer Betrachtung heraus ein völkerrechtliches Moment erblickt werden, wie dies *Max Huber* auch anzunehmen scheint. Rechtlich aber ist der Zusammenschluss nicht in Form eines Vertrages zustande gekommen. Der Bundesverfassung fehlt ein vertragsmässiges Element. Daher haben die einzelnen Glieder auch keine Möglichkeit der Beendigung des Verhältnisses.¹¹⁾ Diese Tatsache schliesst aber ein völkerrechtliches Moment aus. Die Theorie birgt einen Widerspruch in sich.

Die unter bb) angeführte Theorie scheint also die einzige zu sein, die uns unserem Ziele näher bringt. Sie wirft sofort das Problem der Teilbarkeit der Souveränität auf. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Souveränität der Gliedstaaten begrifflich mit dem Bundesstaat vereinbar sei, oder in andern Worten ausgedrückt, ob es möglich sei, dass sich mehrere souveräne Gliedstaaten zusammenschliessen und dabei ein neuer aber ebenfalls souveräner Staat neben den Gliedstaaten entsteht.

Der Souveränitätsbegriff kommt zur Anwendung, wenn nebeneinander auf demselben Territorium verschiedene Staatsgewalten bestehen. Als souverän bezeichnen wir eine Gewalt, die, wenn sie überhaupt an rechtliche Schranken gebunden ist, diese sich selbst setzt. Sie lässt sich auf jeden Fall von aussen her keine Schranken setzen.

Aus dem Gesagten geht klar hervor, dass es nicht möglich ist, dass auf ein und demselben Gebiet für ein und dasselbe Volk zwei Instanzen letztinstanzlich entscheiden können, was rechtens ist.

Welcher der beiden souverän ist, lässt sich aber nur an Hand der positiven Rechtsordnung untersuchen. Die Ordnung der Verhältnisse zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten durch die Verfassung und die Gesetzgebung erteilt uns die gesuchte Antwort.

Im schweizerischen Bundesstaat ist der Bund den Kantonen übergeordnet und damit er allein souverän.¹²⁾

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob die Kantone, trotzdem sie nicht souverän sind, doch Staatscharakter haben oder nicht.

¹¹⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 40.

¹²⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 51. — *Burckhardt*, Kommentar, S. 20 ff.

Betrachten wir zuerst die Argumente derjenigen Gruppe, die die Souveränität nicht als wesentliches Merkmal des Staates betrachtet. *Fleiner* stützt sich, um diese Ansicht zu verteidigen, auf den Nachsatz des Art. 3 B.V.: «und üben als solche alle Rechte aus, die nicht der Bundesgewalt übertragen sind». Hier spreche die B.V. nicht von einer Teilung der Souveränität, wohl aber von einer Teilung der staatlichen Aufgaben zwischen Bund und Kantonen. In Art. 5 B.V. sieht er eine Garantie für die Selbständigkeit der Kantone im Bereich dieser gebliebenen Staatsaufgaben. Daraus schliesst er, dass den Kantonen nach wie vor die Staatsnatur erhalten geblieben sei.¹³⁾ *Burckhardt* hält dieser Meinung bedenkend entgegen, dass *Fleiner* dem Bund und den Kantonen je eine Staatsgewalt, die zueinander im Verhältnis der Gleichordnung ständen, zuerkenne und dabei nur die staatlichen Aufgaben als geteilt betrachte. Eine geteilte Souveränität bestreite er aber. Wenn nun aber die Staatsgewalten sich gleichgeordnet seien, so treffe dies auch für die Zuständigkeiten und die Organismen, welche diese Zuständigkeiten ausüben, zu. Bundesrecht gehe aber tatsächlich kantonalem Recht vor, deshalb seien aber auch die Behörden, die solches Recht anordnen, den kantonalen Behörden übergeordnet.¹⁴⁾ Diese Bedenken sind sicher gerechtfertigt. Die Theorie, dass den Kantonen rechtlich überhaupt die Staatsnatur abzusprechen sei, hat weitere Anhänger gefunden in *Giacometti*¹⁵⁾, *Kelsen*¹⁶⁾ und *Huber*¹⁷⁾. Sie alle kommen zum Schluss, dass den Kantonen kein Staatscharakter zukomme und dass sie nur noch potentielle Selbstverwaltungskörper seien in einem Gesamtstaat oder in einem «dezentralisierten Einheitsstaat».

Ich schliesse mich dieser Ansicht an. Denn staatliche Gebilde, die so starken Einschränkungen unterliegen, wie dies bei den Kantonen der Fall ist, können nicht gut als Staaten anerkannt werden.

Es ist noch Aufgabe dieser Theorie, uns den Unterschied zwischen den Kantonen und den blossen Kommunalverbänden zu nennen.

¹³⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 51 ff.

¹⁴⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 20 ff.

¹⁵⁾ *Giacometti*, Ueber die rechtliche Tragweite des Prinzips von Bundesrecht bricht kantonales Recht, S.J.Z., Bd. 26 S. 294 ff.

¹⁶⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 118.

¹⁷⁾ *H. Huber*, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, S. 23.

Dieser Unterschied liegt darin, dass die Kompetenzen der Kantone auf der B.V. selbst beruhen, wie dies auch für den Bund selbst gilt. Dies bedeutet praktisch, dass die Kantone bei der Abänderung ihrer Kompetenzen ein Mitspracherecht haben, indem eine Kompetenzeinschränkung nur in der Form einer Verfassungsänderung und nicht durch blossen Gesetzeserlass erfolgen kann.

B. Einheit der Rechtsordnung im Bundesstaat

Jede Rechtsordnung hat ihre Unvollkommenheiten. Es braucht vielfach ausserrechtliche Momente, um sie funktionsfähig zu halten.¹⁸⁾ Es gibt Rechtsgrundsätze — meistens von den grundlegendsten — die nicht durch Zwang sichergestellt werden können. Denken wir nur an die obersten Staatsorgane. Es ist nicht gut möglich, für diese noch einmal ein Organ vorzusehen für deren Kontrolle. Oder eine weitere Lücke. Die Rechtsordnung kann schon vorsehen dass untergeordnete Rechtserzeugungsorgane nur rechtmässige Anordnungen treffen oder, dass die Justiz und Verwaltungsorgane nur rechtmässig tätig seien. Was sie aber nicht kann, ist, dafür zu sorgen, dass sie überhaupt tätig sind.

Diese Unvollkommenheit haftet jeder Rechtsordnung, sei es der eines Einheitsstaates oder der eines Bundesstaates an. Bei letzterem zeigt sie sich aber in einer erhöhten Masse. Seine Besonderheit ist die Parallelität der Legislativorgane,¹⁹⁾ die Verteilung der gesetzgeberischen Aufgaben auf Bund und Kantone.

Denn der Bund hat zweifellos die Entscheidungsbefugnis wie ein Einzelstaat. Was ihm aber im Gegensatz zu diesem fehlt, ist die sachliche Fülle der Zuständigkeiten. Die staatlichen Aufgaben, die der Staatsgewalt entspringen, sind, wie wir bereits sahen, auf Bund und Kantone verteilt worden.

Hier liegt ein Unterschied zum Einheitsstaat vor. Dort werden die Kompetenzen auch verteilt, dies aber unter die drei Gewalten, legislative, exekutive und tribunale Gewalt. Im Bundesstaat erfolgt vor dieser Teilung, die auch hier stattfindet, eben die Verteilung unter Bund und Kantone. Diese ist eine Lebensfrage des Bundes-

¹⁸⁾ Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1932, S. 70 ff., speziell 92 ff.

¹⁹⁾ Merkl, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in Z. öff. Recht, 1921, S. 336 Anm. 1.

staates und wird deshalb in der Verfassung und dort im ersten Teil geordnet. Erst im zweiten Teil ordnet die B.V. die Organisation des Bundes selbst.

Es steht dem Bunde als souveränem Staat zu, in seiner Verfassung den Umfang seiner Kompetenzen festzulegen. Die sogenannte Kompetenz-Kompetenz liegt beim Bunde.

Dies heisst nun aber nicht, dass der Bund von sich aus ungestört und beliebig seine Kompetenzen ausdehnen könne. Er darf dies nur auf dem durch die Verfassung vorgesehenen Wege tun. Dies bedeutet nichts anderes, als dass es ihm nur solange möglich ist, als er über die Mehrheit der Mitgliedstaaten und der Bürger verfügt.

Wir haben gesehen, dass die Verfassung also die Grenzen der Kompetenzabgrenzung zeichnet. Da nun die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz eine beschränkte ist, bleibt die vorgesehene Kompetenzabgrenzung eine Vorschrift ohne Erzwingbarkeit. Es ist dem Verfassungsgerichtshof nicht möglich, Bundesgesetze und allgemeine Bundesbeschlüsse und von der Bundesversammlung genehmigte Staatsverträge auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen.²⁰⁾

Wie jede andere Rechtsordnung, muss auch die des Bundesstaates eine Einheit bilden.²¹⁾ Es muss ein Plan da sein, um die beiden bundesstaatlichen Rechtssphären zu bearbeiten. Dies bedingt, dass die Aufgaben, die dem einen Teil zugedacht werden, ausgeführt werden. Denn der andere Teil, oder besser der Gesamtstaat, ist darauf angewiesen, damit die Rechtsordnung funktioniert. Es gibt daher keinen Verzicht auf eine Kompetenz. *Burckhardt* drückt sich folgendermassen aus und spielt damit noch auf ein weiteres Erfordernis an: «Bund und Kantone dürfen sich nicht damit begnügen, festzustellen, dass sie sich formell im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Kompetenzen bewegen und sie nicht überschreiten. Sondern sie müssen auch darauf bedacht sein, zwei Teile einer Rechtsordnung herzustellen, die aufeinander passen, die zusammen ein brauchbares und vernünftiges Ganzes ausmachen.»²²⁾

All diese angeführten Punkte deuten darauf hin, dass im Bundesstaat noch ein ausserrechtliches Moment, ein Tropfen Oel nötig

²⁰⁾ Art. 113 B.V.

²¹⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 21.

²²⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 21.

ist, um den Motor zum laufen zu bringen und im Gange zu halten. Es braucht eine gegenseitige Rücksichtnahme der beiden Gewalten. Die Gliedstaaten sind zu einem bundesfreundlichen Verhalten verpflichtet, anderseits der Bund zu einem loyalen Verhalten gegenüber den Gliedstaaten. Dies gilt auch für das Verhalten der einzelnen Gliedstaaten unter sich.²³⁾

§ 9 Die Kompetenzausscheidung im schweizerischen Bundesstaat

A. Ausscheidungsmöglichkeiten

Jede mögliche Rechtssetzungsbefugnis muss entweder dem Zentral- oder den Gliedstaaten zugeteilt sein. Es bestehen verschiedene Möglichkeiten dies in einer Bundesverfassung zu tun.

- a) Die B.V. kann die Kompetenzen des Bundes aufzählen.²⁴⁾
- b) Die B.V. kann aber auch die Kompetenzen der Gliedstaaten aufzählen.²⁵⁾
- c) Oder schliesslich wäre der Fall auch denkbar, dass die Kompetenzen sowohl des Bundesstaates wie auch die der Gliedstaaten aufgezählt werden.

Für die schweizerische B.V. ist der erste Weg gewählt worden. Das heisst nicht, dass die Kantone gar nirgends erwähnt werden. Wo dies aber geschieht,²⁶⁾ hat dies nur den Sinn, die Bundeskompetenz besser abgrenzen zu können. Aus Art. 3 B.V. und aus der Tatsache heraus, dass nur die Bundeskompetenzen aufgezählt sind, wollte man rechtlich eine Vermutung zugunsten der Kantone konstruieren. Dies in dem Sinne, dass alle Gebiete, die in der B.V. nicht dem Bunde zugeteilt sind, im Zweifel den Kantonen zuständen.²⁷⁾ *Burckhardt* hat dies aber aufs heftigste bestritten. Eine Ver-

²³⁾ *Haenel*, Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, 1873, S. 64, 241. — *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 21.

²⁴⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 42 Anm. 3.

²⁵⁾ Kanadische B.V., 1876. *Bryce*, Moderne Demokratie, Bd. II S. 191. — Südafrikanische Union; *Kayser*, Demokratie und Föderalismus in der Südafrikanischen Union, 1934, S. 38.

²⁶⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 42 Anm. 3, Fälle in B.V. (Art. 24 bis, Abs. 3; Art. 27 bis Abs. 3; Art. 37 bis Abs. 2, etc.).

²⁷⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 42. — *Schollenberger*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, I S. 148.

mutung nützt uns hier nichts. Einzig die Auslegung nach den bekannten Regeln kann uns den Weg weisen.²⁸⁾ Die Kompetenz braucht daher nicht ausdrücklich erwähnt zu sein, sondern muss sich nur durch allgemeine Interpretation aus der Natur der B.V. ergeben.

Ein weiterer Grund zur Erklärung der Tatsache ist, dass der Bund der neu entstehende Staat ist, dass die Kantone aber schon zuvor bestanden als souveräne Staaten. Also begnügte man sich, nur die Kompetenzen des neu entstehenden Staates aufzuzählen.²⁹⁾ Trotzdem haben auch die Kantone, wie der Bund ihre Zuständigkeiten aus der B.V. abzuleiten.

B. Zuständigkeit Bund — Kanton

Es lassen sich verschiedene Grundsätze denken, nach denen die Kompetenzverteilung erfolgen kann. Je nach dem Ziel und der Grundidee wird die Verteilung verschieden sein. Vielfach beschränkt sich die Rechtssetzungsbefugnis nur auf die Durchführung eines speziellen gesetzgebungspolitischen Gedankens.

Die B.V. kann den Bund auf einem Gebiet sowohl zur Gesetzgebung, wie auch zur Vollziehung zuständig erklären. Es ist aber auch der Fall denkbar, dass der Bund die Gesetzgebung ganz oder teilweise hat und die Kantone die Vollziehung ganz oder teilweise.³⁰⁾ Dies führt dann zu einer unübersichtlichen Lage von sich kreuzenden und überschneidenden Zuständigkeiten. Die den Gliedstaaten verbliebenen Befugnisse sind dann schwer noch positiv hervorzuheben, da sie nur noch Restgebiete umfassen, wie wir auch im nachfolgenden von uns zu behandelnden Gebiet feststellen werden können. Beim Zusammenwirken von Bund und Kanton wird allgemein ein dreifaches Verhältnis unterschieden.³¹⁾

a) In einigen Gebieten ist der Bund sowohl zuständig das materielle Recht zu setzen, als auch es anzuwenden. Der Bund über-

²⁸⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 50.

²⁹⁾ *Freund*, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten, 1911, S. 24. — *W. Burckhardt*, Kommentar, S. 14.

³⁰⁾ *H. Huber*, S. 26.

³¹⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 51 ff. — *Fleiner*, Bundestaatsrecht, S. 48 ff. — *H. Huber*, S. 27.

nimmt hier ausschliesslich die Aufgabe. Z. B. Post und Telegraph, Zoll, Münz- und Pulverregal etc.³²⁾

b) In andern Gebieten stellt der Bund ganz oder teilweise das materielle Recht auf. Er überlässt dabei die Anwendung des Rechts ganz oder teilweise den Kantonen.³³⁾

aa) Der Bund begnügt sich, das materielle Recht zu setzen.

bb) Der Bund kann weiter gehen. Er setzt materielles Recht, gibt aber den kantonalen Organen auch Verfahrensvorschriften mit.

c) Der Kanton ist zuständig, das Recht zu setzen und anzuwenden. Dies aber nur in Rücksichtnahme auf allgemein verbindliche Richtlinien in der B.V. Gewährleistung der kantonalen Verfassung durch den Bund.³⁴⁾

³²⁾ Art. 28, 31, 36, 39 B.V.

³³⁾ Brügger, S. 116 ff.; S. 123 ff.

³⁴⁾ Brügger, S. 116 ff.; S. 123 ff.

Die Kompetenzabgrenzung in Bezug auf die Wasserkräfte

I. Abschnitt: Art. 24 bis B.V.

§ 10 Zustandekommen der Verfassungs- änderung

In den 60er und 70er Jahren des letzten Jahrhunderts hatten die Wasserkräfte eher an Bedeutung verloren. Als Verkehrswege waren sie durch die Eisenbahnen bei weitem überflügelt worden. Aber auch zum Antrieb von Kraftanlagen standen sie den Dampfmaschinen nach. Dies änderte, wie bereits erwähnt, mit einem Schlag, als es 1891 möglich wurde, elektrische Energie auf weite Distanzen ohne wesentliche Verluste zu übertragen.¹⁾

Dies war der Beginn zu einer grossen Spekulation mit Wasserkräften. Diese drohten durch ausländisches Kapital dem Schweizer Volk entzogen zu werden.²⁾ Die Gegenbewegung, die aus dem Volke herauswuchs und die Erhaltung der Wasserkräfte für das Volk forderte, liess nicht lange auf sich warten. Der erste bedeutende Schritt wurde mit der Motion der Gesellschaft «Frei — Land» an den Bundesrat getan. Dies geschah noch im Jahre 1891. Diese ging so weit, eine Verfassungsänderung in dem Sinne zu verlangen, dass die Ausnutzung der Wasserkräfte ein Monopol des Bundes sein sollte.³⁾

Dies Verlangen war weitgehend gerechtfertigt, da sich die Kantone in jener Epoche ihrer Aufgabe nicht gewachsen zeigten. Es fehlte auch vielfach an den nötigen Gesetzen. Um die Industrie auf ihr Gebiet zu locken, wurden die Konzessionen vielfach für lächerliche Gegenleistungen und ohne genügende Bedingungen weggegeben.⁴⁾

Der Bundesrat, der mit dieser Materie noch wenig vertraut war, sah eine gründliche Untersuchung vor. Er unterliess es auch nicht, zuerst die Kantone um ihre Ansicht bezüglich der gegenwärtigen Lage der Ausnutzung der Wasserkräfte und die von ihnen für die Zukunft vorgesehenen Massnahmen nachzusuchen.

¹⁾ Geiser u. Abbühl, Kommentar W.R.G., 1918, S. 8. — O. Schär, Verstaatlichung der schweizerischen Wasserkräfte, 1905, S. 6.

²⁾ Z. B. im Kanton Bern innert kürzester Zeit 20 Konzessionsgesuche. Geiser u. Abbühl, Kommentar, S. 8.

³⁾ Schär, a. a. O. S. 13.

⁴⁾ Grünberg, 1911, S. 23. Verstaatlichung der Wasserkräfte in der Schweiz.

⁵⁾ Geiser u. Abbühl, Kommentar, S. 9.

Das Bild, das sich aus den kantonalen Antworten bezüglich der Gesetzgebung ergab, war ein sehr buntscheckiges. Bei einigen Kantonen fehlte es überhaupt an der primitivsten Gesetzgebung, währenddessen andere auch schon für die Zukunft in sehr vernünftiger Weise vorgesorgt hatten. Weniger uneinheitlich, sondern im Gegenteil beinahe einstimmig wurde die Frage, ob die Kantone bei der gegenwärtigen Gesetzgebung Befürchtungen hätten, dass die Wasserkräfte dem Volkswohl verloren gingen und der Privatspekulation zum Opfer fielen, negativ beantwortet. Die Kantone erklärten sich in ihrer grossen Mehrzahl gegen ein Bundesmonopol und gaben der Meinung Ausdruck, dass sie sich einem solchen nur durch Zwang unterziehen könnten.⁵⁾ Alles Material wurde daraufhin Herrn Ingenieur Jegher zur Begutachtung übergeben. Dieser kam in seinem Berichte auf eine sehr geringe noch zur Verfügung stehende Menge an Wasserkraften und behauptete, dass die Erzeugung elektrischer Kraft kostenmässig derjenigen von Dampfkraft gleichkomme.⁶⁾ Die Antworten der Kantone, sowie dieses negativ lautende Gutachten führten dazu, dass die Bundesversammlung die Motion «Frei — Land» ablehnte. (4. April 1895.) Immerhin hatte das Postulat den Erfolg, dass der Bundesrat angewiesen wurde, wie das auch im Gutachten Jeghers angeregt worden ist, dass er Vorlagen einbringe über die Regelung der interkantonalen Wasserwerkanlagen sowie über Stark- und Schwachstromanlagen und über die Untersuchung der schweizerischen Wasserkräfte betreffend ihrer Nutzbarmachung.

1895 wurde gemäss den Weisungen der Bundesversammlung eine «hydrometrische Abteilung» beim eidgenössischen Oberbauinspektorat errichtet. Ihre Aufgabe war die statistische Aufnahme der Wasserkräfte der Schweiz. 1899 wurde der Bundesversammlung ein Entwurf zu einem Bundesgesetz über Stark- und Schwachstromanlagen eingebracht. Dieser wurde 1902 als Gesetz angenommen.⁷⁾

Fürs erste Mal war die Angelegenheit erledigt. Sie tauchte aber immer wieder von neuem auf. Es sind zu erwähnen die Motionen *Zschokke* und *Müri* ⁸⁾, die nicht mehr das Monopol, wohl aber eine Oberaufsicht und Grundsatzgesetzgebung des Bundes verlangten.

⁶⁾ *Schär*, a. a. O., S. 17 ff.

⁷⁾ *Geiser u. Abbühl*, Kommentar, S. 12.

⁸⁾ *Stenographisches Bulletin Nationalrat*, 1904, S. 1.

Ferner wurde in den Entwurf des Zivilgesetzbuches ein Abschnitt aufgenommen, der das gesamte Wasserrecht, soweit dies in einem Zivilgesetzbuch möglich war, regeln sollte. Da ein enger Zusammenhang zwischen öffentlichem und privatem Recht auf diesem Gebiet angenommen wurde, hielt sich der Bund für zuständig, auch dieses Gebiet rechtlich zu ordnen.⁹⁾

Bei näherer Prüfung kamen die Räte indessen zum Schluss, dass für die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte eine Spezialgesetzgebung geeignet sei. Der Teil im Z.G.B. wurde gestrichen. Dies geschah im Einverständnis mit *Eugen Huber*. Dieser wurde hauptsächlich durch die Verfassungsinitiative, die unterdessen zustande gekommen war, zu seinem Schritt bewogen.¹⁰⁾

In der Folge ging man daran, eine verfassungsmässige Grundlage für ein Bundesgesetz zu schaffen. Dies brauchte viel Zeit und so war unterdessen die erwähnte Verfassungsinitiative zustande gekommen. Die Bundesversammlung arbeitete einen Gegenvorschlag aus. Nach langen Verhandlungen in den beiden Räten, in denen ein heftiger Kampf gegen die Machterweiterung des Bundes geführt wurde, kam schliesslich der heutige Art. 24 bis B.V. zustande. Das Initiativkomitee zog seinen Entwurf Art. 23 bis zugunsten des Entwurfes der Bundesversammlung zurück. Dieser kam zur Volksabstimmung und wurde von Volk und Ständen am 25. Oktober 1908 angenommen. Damit hatte auch der Bundesbeschluss vom 31. März 1908, der für die Stromausfuhr ins Ausland die Bewilligung des Bundesrates vorsah, eine verfassungsmässige Grundlage gefunden.¹¹⁾

§ 11 Bundesverfassung Art. 24 bis

«Die Nutzbarmachung der Wasserkräfte steht unter der Oberaufsicht des Bundes.

Die Bundesgesetzgebung stellt die zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbar-

⁹⁾ B.Bl. 1904, IV S. 12 ff., 88 ff., 349 ff. — *Eugen Huber*, Die Gestaltung des Wasserrechts im künftigen schweizerischen Recht, Z. schweiz. R., Bd. XIX S. 503 ff. — *Max Huber*, Die Wasserrechte nach dem Entwurf des Z.G.B., Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. XII S. 131 ff.

¹⁰⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, 1906, S. 1008/09.

¹¹⁾ B.Bl., 1905, VI S. 223 ff.

machung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Vorschriften auf. Dabei ist auch die Binnenschifffahrt nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

Unter diesem Vorbehalt steht die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte den Kantonen zu.

Wenn jedoch eine Gewässerstrecke, die für die Gewinnung einer Wasserkraft in Anspruch genommen wird, unter der Hoheit mehrerer Kantone steht und sich diese nicht über eine gemeinsame Konzession verständigen können, so ist die Erteilung der Konzession Sache des Bundes. Ebenso steht dem Bunde unter Beiziehung der beteiligten Kantone die Konzessionserteilung an Gewässerstrecken zu, die die Landesgrenze bilden.

Die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte gehören den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten.

Sie werden für die vom Bund ausgehenden Konzessionen von diesem nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung bestimmt. Für die übrigen Konzessionen werden die Abgaben und Gebühren von den Kantonen innert den durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken festgesetzt.

Die Abgabe der durch Wasserkraft erzeugten Energie ins Ausland darf nur mit Bewilligung des Bundes erfolgen. In allen Wasserrechtskonzessionen, die nach Inkrafttreten dieser Art. erteilt werden, ist die künftige Bundesgesetzgebung vorzubehalten.

Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über die Fortleitung und die Abgabe der elektrischen Energie zu erlassen.»

Die Länge dieses Art. zeigt uns sofort die Schwierigkeiten, die seiner Entstehung entgegenstanden. In Tat und Wahrheit ist er weder Fisch noch Vogel. Solche Kompromisse lassen sich aber in einem Bundesstaate nicht vermeiden. Dieser hier ist gerade ein klassisches Schulbeispiel des Kampfes zwischen Zentralismus und Föderalismus, der, wie wir noch sehen werden, auf diesem Gebiete bis in die heutigen Tage fort dauert.

Dieser Ansicht war auch Ständerat *Isler* bei der Behandlung des Entwurfes zum W.R.G. im Ständerat. Er kleidete sie in folgende Worte: «In dem auszuführenden B.V.-Art. lag eine Schwierigkeit, weil er einen Januskopf trägt. Er will die Nutzbarmachung der Wasserkräfte unter die Gesetzgebung des Bundes stellen, belässt

sie aber doch in den Hauptpunkten, hinsichtlich der Wasserhoheit nämlich und der Wasserabgaben, wenn man von gewissen Ausnahmefällen absieht, unter der der Kantone.»¹²⁾

Da die Kantone gegen ein Bundesmonopol waren, blieben nur noch die Möglichkeiten, die einerseits durch die Initiative, anderseits durch den Entwurf der Bundesversammlung zu erreichen versucht wurden. Es blieb die Wahl, die Gesetzgebungskompetenz ausschliesslich dem Bunde zu reservieren, wie es der Text der Initiative vorsah, oder dann Teilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantone, welche letzterer Lösung die Expertenkommission und der Bundesrat den Vorzug gaben.¹³⁾

Zweifelsohne wäre durch die Lösung der Initiative ein viel klareres Resultat, als wir es heute haben, erreicht worden. Wenn wir heute auf die Entwicklung zurückblicken, so begreifen wir es vollauf, besonders nach den neuesten Erlebnissen, dass auch diese Lösung nicht die Gnade der Kantone resp. Ständevertreter finden konnte.

Es blieb also nichts anderes übrig, als die Kompromisslösung, wie wir sie heute haben, einzugehen. Die Gesetzgebungskompetenz wurde also zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt.

Wie diese Teilung vorgesehen wird, zeigt uns der Art. 24 bis B.V. und das Bundesgesetz. Nach dem Art. B.V. wird die Aufgabe des Bundes einmal dahin eingeschränkt, dass er nicht ein allseitiges Wasserrechtsgesetz zu erlassen habe, sondern, dass er nur eine Art der Nutzung des Wassers, eben die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu ordnen habe.¹⁴⁾

Aber auch hier sind ihm Schranken gesetzt. Dem Bunde steht das Oberaufsichtsrecht zu. In Abs. 2 scheint zwar dem Bunde die Kompetenz gegeben zu sein, «alle zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung zweckmässiger Nutzbarmachung der Wasserkräfte» erforderlichen Bestimmungen zu treffen. Die Einschränkung liegt aber in dem Ausdruck «allgemeine Vorschriften» und in dem Nachtrag, die Regelung stehe unter jenem Vorbehalt den Kantonen zu.¹⁵⁾ Allein hier stellen sich der unklaren Aus-

¹²⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913.

¹³⁾ Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission vom 9. bis 11. Januar 1907. — Stenographisches Bulletin Nationalrat, 1907, S. 709 ff.

¹⁴⁾ Die andern Nutzungsarten (Quellen, Nachbarrecht, Fischerei, Schifffahrt etc.) sind andernorts geregelt.

¹⁵⁾ Art. 24 bis Abs. 3.

drucksweise wegen verschiedene Fragen. Was sind allgemeine Vorschriften, wie weit können wir ein Interesse als öffentlich erklären? Zur ersten Frage entnehmen wir dem Entwurf, dass der Ausdruck aufgenommen wurde, um zu bekräftigen, dass neben dem Gesetzgebungsrecht des Bundes weiterhin ein solches der Kantone bestehe.¹⁶⁾ Die Kantone können zwar nicht bundesrechtswidriges Recht aufstellen. Aber sie können ergänzende Bestimmungen aufstellen. Sie sind es, die die örtlichen Verhältnisse und Gebräuche besser in der Gesetzgebung berücksichtigen können. Der Ausdruck bleibt trotzdem relativ. So sagt *Burckhardt*: «Im übrigen kann in der Beschränkung des Bundes auf allgemeine Vorschriften kaum mehr, als die Weisung an den Gesetzgeber erblickt werden, keine Vorschrift über Dinge aufzustellen, die nicht einheitlicher Regelung bedürfen und das Interesse des ganzen Landes nicht unmittelbar berühren. Einheitlicher Ordnung können aber auch Dinge bedürfen, über die sich eine bestimmte Regel nicht formulieren lässt, z. B. die Anlage der Werke nach dem Gesichtspunkt der bestmöglichen Ausnutzung des natürlichen Wasserreichtums des Landes. Dass darin eine gewisse Planmässigkeit eingehalten werde, war eine der Hauptforderungen der Verfassung und doch lässt sich dies nicht durch abstrakte Sätze, sondern nur durch die sachkundige Prüfung jedes Falles erreichen. Art. 5 des Gesetzes kann deshalb ohne Verfassungswidrigkeit bestimmen, dass der Bundesrat die Pläne der anzulegenden Werke daraufhin zu prüfen habe, ob sie und ihre generale Anlage der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte entsprechen.»¹⁷⁾

Damit stecken wir bereits im Gebiete, auf das sich die zweite Frage bezieht. In welchem Verhältnis stehen die öffentlichen Interessen bei der Nutzbarmachung der Wasserkräfte zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung?

Eine der Hauptaufgaben des Bundes im Rahmen seines Oberaufsichtsrechtes ist sicher die, die öffentlichen Interessen zu wahren, dies speziell durch die zweckmässige Nutzbarmachung der Wasserkräfte. Ins öffentliche Interesse gehört zweifellos die Sicherung der für Bundeszwecke nötigen Wasserkräfte.

¹⁶⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, Einführendes Votum Vital.

¹⁷⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., 1931, S. 172 ff.

¹⁸⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, Votum Vital.

Das grösste Interesse, wenigstens in wirtschaftlicher Beziehung, hat aber das Land sicher an der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte.¹⁸⁾

Es ist dies ein doppeltes Interesse der Allgemeinheit: Einerseits hat der Gesetzgeber ein positives Interesse zu berücksichtigen, nämlich, dass alle Nutzniesser der gewonnenen Kräfte werden. Die Kräfte sollen nicht aus fiskalen und privaten Interessen übermässig verteuert werden. Das wertvolle Gut soll ungeschmälert der Allgemeinheit zugute kommen.

Aber auch ein negatives Interesse muss berücksichtigt werden. Es dürfen durch die Anlage und den Betrieb von Werken zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte keine sonstigen Interessen an den Gewässern, wie Schifffahrt, Fischerei etc. verletzt werden. Es müssen hier durch die Gesetzgebung Reibereien vermieden werden.

Durch die Umschreibungsweise des Obergerichtsrechtes des Bundes in dem Verfassungstext, findet keine klare Kompetenzenabgrenzung in der Verfassung selbst statt. Man ist in manchen Punkten auf das Gesetz angewiesen.¹⁹⁾ Dadurch entsteht die Tatsache, dass durch eine einfache Aenderung des Gesetzes eine Verschiebung der Kompetenzenabgrenzung zwischen Bund und Kanton entsteht, ohne dass es dazu einer Verfassungsänderung bedürfte.

Bis dahin haben wir festgestellt, dass dem Bund nur die Grundsatzgesetzgebung zugedacht ist und, dass andererseits in der Regel das nutzbare Recht, über die Triebkräfte der Gewässer zu verfügen, bei den Kantonen bleibt. Dies darf uns aber nicht dazu verleiten, anzunehmen, dass die Kompetenzenabgrenzung zwischen Bund und Kantonen darin besteht, dass der Bund entscheidet, wie ein Gewässer nutzbar gemacht werden soll und der Kanton, ob es nutzbar gemacht werden soll.²⁰⁾

Denn die Bundesverfassung stellt weitere Bestimmungen auf. Wie einerseits den Kantonen nicht nur die Ausführung der Gesetze zugedacht ist, indem sie eine beschränkte Gesetzgebungskompetenz besitzen, so ist andererseits der Bund auch nicht nur Gesetzgeber.

Er ist in Fällen, wo sich mehrere Kantone über die Konzessionserteilung an einem gemeinsamen Gewässer nicht einig werden

¹⁹⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar, S. 172 ff. — Grundsätze über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kanton, B.J.Z., Bd. 68 S. 312 ff.

²⁰⁾ *W. Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 172 ff.

können, zuständig die Konzession an ihrer Stelle erteilen zu können.²¹⁾ Das gleiche trifft zu, wenn es sich bei dem Gewässer um ein Grenzgewässer handelt, also ein internationales Gewässer.²²⁾

Aber auch in diesen Fällen gehören die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten. Die Gebühren und Abgaben werden in solchen Fällen durch den Bund nach Anhörung der Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung festgelegt.

Wenn wir das Ergebnis unserer Betrachtungen zusammenfassen, so können wir dies für die positive Aufgabe des Bundes mit den Worten der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf tun:

a) Der Bund kann dafür sorgen, dass die nutzbaren Gewässer nicht unausgenutzt bleiben, sondern in wirtschaftlich rationeller Weise ausgenutzt werden.

b) Er kann dafür sorgen, dass die Art der Ausnutzung der Gewässer durch den Nutzungsberechtigten den anderweitigen Interessen am Gewässer und dass die Art der Verwertung der gewonnenen Kräfte den Interessen der Allgemeinheit an diesem nationalen Triebmittel Rechnung trage.

c) Er kann zur Ausgleichung der Interessengegensätze interkantonalen und internationaler Art vermittelnd eingreifen.²³⁾

Schliesslich findet in dem Art. der Bundesbeschluss über die Ausfuhr elektrischer Energie ins Ausland eine verfassungsmässige Grundlage.

In seinem letzten 9ten Absatz öffnet die Verfassung dem Bund die Gesetzgebungskompetenzen bezüglich der Fortleitung und Abgabe der elektrischen Energie. Der Bund kann also das wirtschaftliche Verhältnis zwischen Produzent und Konsument gesetzlich ordnen. Die Verfassung gibt ihm hier die vollständige Kompetenz²⁴⁾, nicht nur das rechtliche, sondern auch das wirtschaftliche Verhältnis zu ordnen. Es ist in der Tat die einzig richtige Lösung, dass ein Gewerbe, das praktisch gesehen monopolisiert ist, wie dies für die Elektrizitätsversorgung zutrifft, nicht mehr als freies Gewerbe

²¹⁾ Art. 24 bis Abs. 4.

²²⁾ Art. 24 bis Abs. 4.

²³⁾ Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des B.G. über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, 19. April 1912.

²⁴⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 172 ff.

fortbesteht, sondern, dass hier ein Konzessionszwang besteht oder, dass es verstaatlicht wird.

Burckhardt weist des weitern daraufhin, wie diese Kompetenz auf das Verfügungsrecht der Kantone über ihre Gewässer zurückwirkt. «Da aber die meisten Elektrizitätswerke Elektrizität durch Wasserkraft erzeugen, die vom Kanton verliehen oder selbst ausgebeutet wird, so wirkt die Normisierung der geschäftlichen Bedingungen der Abgabe auf die Einträglichkeit des Wasserwerkes und damit des Wasserregals zurück. Die Abgabe der Elektrizität an Kraft- und Lichtkonsumenten ist ja eine der Hauptformen, in denen die Wasserkräfte wirtschaftlich nutzbar gemacht werden. Der Bund würde also indirekt die Bedingungen ordnen, unter welchen die Wasserkräfte in Zukunft oder auf Grund schon begründeter Benutzungsrechte nutzbar gemacht werden dürfen, eine Rückwirkung, deren sich die Bundesversammlung offenbar nicht bewusst war.²⁵⁾

Daher bezweifelt *Burckhardt*, dass der Bund in absehbarer Zeit von dieser Kompetenz Gebrauch machen werde. Seine Bedenken stützen sich auf die Tatsache, dass, wenn der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch machen würde, er dadurch das kant. Wasserregal schmälern würde, da heute die meiste Elektrizität durch Wasserkraft erzeugt wird, die vom Kanton verliehen oder selbst ausgebeutet wird. Heute ist die Lage etwas anders, wie wir am Schluss unserer Ausführungen zeigen werden. Diese Materie war noch zu unerforscht und hätte eine unnötige Komplikation der an und für sich schon komplizierten Materie des W.R.G. mit sich gebracht.²⁶⁾

II. Abschnitt: Gesetzgebung und Verwaltung

Allgemein

Der Gesetzgeber folgte einem besonderen Weg. Er klärte zuerst die Verhältnisse über die Verfügungsberechtigung über die Gewässer ab. In einem zweiten Abschnitt regelt er die Benutzung der Gewässer, in einem dritten die Verleihung von Wasserrechten und schliesslich im vierten und letzten Abschnitt die Ausführungs- und

²⁵⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 172 ff. ¹

²⁶⁾ *Geiser u. Abbühl*, Kommentar W.R.G., S. 19.

Uebergangsbestimmungen. Auch wir wollen diesem Aufbau folgen und auf diese Weise die Kompetenzabgrenzung finden.

§ 12 Die Verfügung über die Gewässer

Das Oberaufsichtsrecht des Bundes gilt für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und die Wasserbaupolizei sowohl gegenüber öffentlichen, wie auch gegenüber privaten Gewässern.²⁷⁾ Als öffentliche Gewässer bezeichnet der Gesetzgeber alle die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist. Immerhin finden wir zu dieser allgemeinen Umschreibung noch zwei Ergänzungen, die die in einzelnen Kantonen vorkommenden Verhältnisse berücksichtigen. Es zählen dazu auch Gewässer, die in Privateigentum stehen, aber von den Kantonen im Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden.²⁸⁾ Andererseits gilt, dass, wo das kantonale Recht die Verfügung über die Wasserkraft öffentlicher Gewässer den Uferanrößern zuspricht, dieses weiterhin bis zu seiner Aufhebung in Kraft bleibt.²⁹⁾

Die Oberaufsicht des Bundes hätte diese Unterscheidung in öffentliche und private Gewässer nicht erforderlich gemacht. Wohl aber benötigen wir sie zur Feststellung des Verfügungsrechts.

A. Rechte der Kantone

Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zieht die Konsequenzen aus Art. 24 bis Abs. 3 B.V. Die Kantone bestimmen, welches Gemeinwesen (Kanton, Bezirk, Gemeinde oder Körperschaft) die Verfügung über die noch nutzbar zu machenden oder später wieder frei werdenden Wasserkräfte hat. In den Kantonen, wo das Regal den Kantonen selbst zusteht, ist dieser selbst verfügungsberechtigt. Ist hingegen die Ausübung des Regals an Bezirke oder Gemeinden übertragen worden, so sind diese Kommunalverbände als verfügungsberechtigt anzusehen, dies insoweit sie nicht durch kantonales Recht in der

²⁷⁾ W.R.G., Art. 1 Abs. 1. — *Geiser C. u. Abbühl*, Kommentar, S. 92.

²⁸⁾ W.R.G., Art. 1 Abs. 2.

²⁹⁾ W.R.G., Art. 2 Abs. 2.

Ausübung ihrer Befugnis beschränkt werden.³⁰⁾ Für den Fall, wo der Kanton nicht selbst Verfügungsberechtigt ist, bedarf die Einräumung des Benutzungsrechtes an Dritte oder die Benutzung durch die Verfügungsberechtigten selbst der Genehmigung der kantonalen Behörde. Diese Genehmigung soll nur erteilt werden, wenn die in Aussicht genommene Art der Benutzung dem öffentlichen Wohl und der zweckmässigen Ausnutzung der Gewässer entspricht.³¹⁾ Noch viel weiter geht die Bestimmung des Art. 11 W.R.G., der den Kantonen ein wirksames Mittel in die Hand geben soll, das Brachliegen von nutzbaren Wasserkraften zu verhindern. Danach ist die kantonale Regierung berechtigt, im Falle, dass ein verfügungsberechtigter Bezirk, Gemeinde oder Körperschaft ein Gewässer trotz angemessener Angebote während langer Zeit ohne wichtigen Grund weder selbst nutzbar macht noch durch andere benutzen lässt, selbst im Namen des Gemeinwesens das Nutzungsrecht zu erteilen.

Dasselbe Recht steht den Kantonen in den Fällen zu, wo die Nutzbarmachung der privaten oder öffentlichen Gewässer den Uferanrößern zusteht.³²⁾ Im übrigen verfügt der an privaten Gewässern Berechtigte gemäss den Formen des Privatrechts.³³⁾ Gegen solche Verfügungen der kantonalen Regierung können die Beteiligten innerhalb 30 Tagen an den Bundesrat rekurrieren. Wen haben wir unter den «Beteiligten» zu verstehen und was kann der Bundesrat tun?

Unter Parteien verstehen wir den Gesuchsteller einerseits und das Gemeinwesen, in dessen Namen der Kanton die Konzession verliehen hat, anderseits.³⁴⁾

Es ist dem Bundesrat im Falle des Rekurses nicht möglich, im Namen der kantonalen Regierung die Konzession zu erteilen. Er kann nur die kantonale Regierung dazu anhalten. Er kann auch nicht einen Zwang auf die Kantonsregierung ausüben, den Art. 11 WRG überhaupt anzuwenden.

Diese Tatsache stellt eigentlich eine Lücke dar in der Gesetzgebung zur Verwirklichung einer zweckmässigen Nutzbarmachung

³⁰⁾ Geiser, Kommentar, S. 94.

³¹⁾ Art. 4 W.R.G.

³²⁾ Art. 17 W.R.G.

³³⁾ Botschaft des Bundesrates, B.Bl., 12. April 1912, S. 672 ff.

³⁴⁾ Delessert, Les compétences des autorités fédérales en matière d'utilisation des forces hydrauliques, 1926, S. 359 a.

der Wasserkräfte. Denn das Verhindern des Brachliegens eines Gewässers gehört ganz sicher auch in diesen Aufgabenkreis. Dies ist aber bedingt durch die im B.V.-Art. abgeschlossenen Kompromisse.

Gewisse Autoren behaupten nun aber, dass schon der jetzige Art. 11 W.R.G. über die Verfassung hinausgehe.

Viel mehr würde dies dann natürlich noch für den in der vom Ständerat abgewiesenen Teilrevision des W.R.G. aufgenommenen neuen Art. 11 gelten. Betrachten wir diese Entwicklung des Art. etwas näher.

Wir erkennen dabei sofort, dass der heutige Art. nur noch ein kläglicher Ueberrest eines Versuches, dem Bund die Kompetenz in diesen streitigen Fällen zu erteilen, ist. Er geht hervor aus dem Art. 9 des Entwurfes. Dieser wurde aber im Ständerat dermassen angefochten, dass als Kompromisslösung schliesslich der heutige Art. zustande kam.³⁵⁾

In dem Entwurf zur Teilrevision³⁶⁾ versuchte man auf den Art. 9 zurückzukommen. Der neue Art. 11 sollte folgenden Wortlaut erhalten: «Wenn ein verfassungsberechtigtes Gemeinwesen die Erteilung einer Wasserrechtsverleihung für ein Werk oder eine Werkgruppe mit einer durchschnittlichen Jahresproduktion von mindestens 100 Millionen Kilowattstunden verweigert oder an Bedingungen knüpft, die einer Verweigerung gleichkommen, so kann der Bundesrat im Namen dieses Gemeinwesens das Nutzungsrecht verleihen, sofern die Verleihung im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teiles des Landes liegt.»

Wie gesagt, wurde die Verfassungsmässigkeit dieses Entwurfes aufs heftigste angegriffen.³⁷⁾

Der Einspruch des «wichtigen Grundes», der dem verleihungsberechtigten Gemeinwesen im jetzigen Art. 11 zusteht, ist fallen gelassen worden und die Kompetenz zur stellvertretenden Verleihung vom Kanton auf den Bund übergegangen. Obwohl der gewünschte Zweck dieses Art. den Zielen der zweckmässigen Nutzbarmachung dienen würde, geht der Art. eben doch über die dem Bund im Verfassungsart. 24 bis gegebenen Kompetenzen hinaus, wo die Ausnahmefälle, in denen der Bund berechtigt ist die Kompetenz zu

³⁵⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat. Sept. 1913. Voten Dähler-Rothén

³⁶⁾ Entwurf eines B.G. über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, 24. Sept. 1945, B.Bl. 1945, II S. 81 ff.

³⁷⁾ Gutachten Huber, Giacometti, Ruck — Lardelli — Dr. Mutzner, Hydro-Elektricus.

erteilen, abschliessend aufgezählt sind. Zu diesem Schluss gelangen denn auch die diese Fragen behandelnden Gutachten.³⁸⁾ Die Eintretensfrage auf den Entwurf zur Teilrevision wurde dann wie gesagt negativ beantwortet und so ist es beim jetzigen Art. 11 W.R.G. geblieben. Diesen halte ich als verfassungsmässig.

Wie wir weiter oben schon angetönt haben, gibt es für das Verfügungsberechtigte Gemeinwesen zwei Möglichkeiten, von seiner Verfügungsbefugnis Gebrauch zu machen. Es kann die Wasserkräfte entweder selbst nutzbar machen, oder aber die Befugnis an einen Dritten verleihen. Der dritte Abschnitt des Gesetzes stellt ziemlich weitgehende Bestimmungen über die Verleihung auf. Unter anderem wird vorgesehen, dass einem Gemeinwesen gegenüber das Nutzungsrecht auch in anderer Form als der der Verleihung eingeräumt werden kann.³⁹⁾ Es soll dies eine Aufmunterung und Erleichterung sein, die Wasserkräfte durch Gemeinwesen auszunützen.

B. Rechte des Bundes

Der Grundsatz, dass die Kantone über ihre Gewässer verfügen können, erleidet zweierlei Einschränkungen. Einerseits steht ihnen diese Verfügungsbefugnis nur zu insoweit sie nicht durch das entsprechende Bundesrecht eingeschränkt ist. Andererseits wird ihnen für eine gewisse Kategorie von Gewässern das Verfügungsrecht überhaupt entzogen.

In Art. 5—16 des Gesetzes sind die Rechte des Bundes umschrieben und zwar beziehen sich die Vorschriften der genannten Art. aa) auf Gewässer, die das Gebiet mehrerer Kantone umfassen;

bb) auf die Rechte des Bundes im allgemeinen;

cc) auf die internationalen Gewässer;

dd) auf die Ableitung von Kraft aus einem Kanton in den andern;

ee) auf die Ableitung von Wasser oder elektrischer Kraft ins Ausland;

ff) auf vertragliche Beschränkungen des Absatzgebietes;

gg) auf Erlass von Bestimmungen zur Verfügung über unbenutzte Gewässer;

³⁸⁾ *Huber, Giacometti, Ruck, etc.*

³⁹⁾ Art. 3 Abs. 2 W.R.G.

- hh) auf Inanspruchnahme von Gewässern für Bundeszwecke;
 1. Recht des Bundes an schon benutzten Gewässern
 2. Schadloshaltung des verfügungsberechtigten Gemeinwesens
 3. Steuerausgleich;
- ii) Ausgleich und Regulierung des Abflusses von Seen und Schaffung künstlicher Sammelbecken.

a) Einschränkungen des kantonalen Verfügungsrechtes

Art. 5 Abs. 1 W.R.G. umschreibt ganz allgemein: «Der Bundesrat erlässt die allgemeinen Bestimmungen, die erforderlich sind, um die zweckmässige Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu fördern und zu sichern.» Dies ist sehr allgemein gehalten. Die Grenzen, die hier dem Bundesrat gezogen sind, finden wir im Begriff der Oberaufsicht und der «allgemeinen Vorschriften».

Es muss immer um die Sicherung und Förderung der zweckmässigen Nutzbarmachung gehen. Bei Zerstückelung von Gefällen, bei unrichtiger Ausnutzung von Gewässerstrecken soll der Bund eingreifen und verhindern, dass unzweckmässige Anlagen erbaut werden.⁴⁰⁾ Durch Art. 5 soll keine Reglementiererei, Verteuerung oder Erschwerung der Projekte geschaffen werden. Es handelt sich nach Art. 5 darum, zu verhindern, dass die Nutzbarmachung der Kräfte ohne einheitliche Idee und zum Schaden einer rationellen Ausbeutung stattefinde. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, benötigt der Bund unbedingt das Recht, die Pläne der anzulegenden Werke daraufhin zu prüfen, ob sie in ihrer generellen Anlage der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte entsprechen.⁴¹⁾ Der Bundesrat stellt nicht selbst einen Plan auf, aber er sorgt dafür, dass durch sein Prüfungsrecht eine gewisse Planmässigkeit zustande kommt.⁴²⁾ Dies liegt durchaus in der dem Bunde in der Verfassung gegebenen Aufgabe für die Wahrung einer zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu sorgen.

Natürlich ist dies nur ein generelles Prüfungsrecht. D. h., der Bund wird nicht unwesentliche Kleinigkeiten prüfen und beanstanden. Er wird hauptsächlich sehen, dass die Interessen anderer volkswirtschaftlicher Kreise nicht beeinträchtigt werden, wie Schiffahrt,

⁴⁰⁾ Geiser u. Abbühl, Kommentar, S. 97.

⁴¹⁾ Art. 5 Abs. 3 W.R.G.

⁴²⁾ Burckhardt, Kommentar B.V., S. 17 ff.

Fischerei etc. In technischer Beziehung hat der Bund zu verhüten, dass das Gefälle der Gewässer in planloser und unzweckmässiger Weise zerstückelt werde. Die Verbindung von einzelnen Einzugsgebieten soll gefördert werden. Es muss ein Ausgleich von unkonstanten Wassermengen und eine Vereinigung von Gefällsstufen zu einem konzentrierten Gefälle erstrebt werden.⁴³⁾

Des weitern finden wir in Art. 5 Abs. 2 den folgenden unbestimmten Satz: «Er (der Bund) kann überdies für bestimmte Gewässer oder Gewässerstrecken besondere Vorschriften erlassen.» Wie weit er in diesen Vorschriften gehen kann, bleibt wieder eine offene Frage.

Geiser und *Abbühl* meinen dazu in ihrem Kommentar: «Einzelne Gewässer tragen besondere Merkmale und erfordern eine ganz bestimmte Art der Nutzbarmachung. (Z. B. die Aare vom Thuner- bis zum Bieler-See etc.) Solche Gewässerstrecken können nur dann richtig ausgenutzt werden, wenn von Anfang an die leitenden Gesichtspunkte aufgestellt und in einheitlicher Weise alle Massnahmen getroffen werden, die zur Erreichung des Endzieles dienen sollen, d. h. unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände die grösste Kraft zu gewinnen.»⁴⁴⁾ Der Bund hat immerhin Versuche unternommen, diese ihm gegebene Kompetenz auszunutzen. Er hat ein Projekt für den Ausbau der Wasserkräfte und der Schifffahrtsmöglichkeiten des Rheins zwischen Basel und Bodensee aufgestellt. Ein ähnliches Projekt für die Rhone unterhalb Genfs ist aufgestellt worden. Es besteht auch für die Ausbeutung der Wasserkräfte des Doubs ein solches Projekt. Bei allen diesen Fällen gibt es keine Konfliktmöglichkeiten, da ja der Bund zugleich Konzessionsbehörde ist, da es sich in allen drei Fällen um Grenzgewässer handelt.⁴⁵⁾

Daneben hat der Bund Studien über die Möglichkeit der Schaffung von Stauseen für die Erzeugung von Winterenergie gemacht, die den Kantonen und Werken als Grundlage für weitere Arbeiten und Konzessionsverhandlungen dienen sollen.

⁴³⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, März 1916, Nr. 60 S. 9 ff., Votum Calonder.

⁴⁴⁾ *Geiser C. u. Abbühl*, Kommentar, S. 98.

⁴⁵⁾ Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des B.G. über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, S. 9.

b) Das Verfügungsrecht des Bundes

aa) Interkantonale Gewässer. Art. 6 des Gesetzes bestimmt: «Soll eine Gewässerstrecke, die im Gebiete mehrerer Kantone liegt, oder sollen in ein und demselben Wasserwerk mehrere Gewässerstrecken, die in verschiedenen Kantonen liegen, nutzbar gemacht werden, und können sich die beteiligten Kantone nicht einigen, so entscheidet nach Anhörung der Kantone der Bundesrat.

Er hat die Gesetzgebung der Kantone und die Vor- und Nachteile für sie in billiger Weise zu berücksichtigen.» Damit wird das Postulat des 4. Abs. der B.V. verwirklicht.

Dieser Art. stiess, wie Art. 11, auf grossen Widerstand bei der Beratung in den Räten. Es hatten sich einige Fälle ereignet, in denen die Nutzbarmachung der Wasserkräfte durch Meinungsverschiedenheiten zwischen den Kantonen verzögert oder gar unmöglich gemacht wurden. In solchen Fällen sollte der Bund die Befugnis haben, als übergeordnete Instanz zu schlichten und wenn nötig zu entscheiden. Die Botschaft des Bundesrates fasst diesen Gedanken folgendermassen in Worte: «Ein Kanton soll nicht durch eine Weigerung das Zustandekommen eines Werkes hindern können, das im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten liegt, wie es nach heutigem Recht möglich ist. Die Kantone haben als Inhaber der Wasserhoheit nicht nur das Recht, den Nachbarkantonen an der Verfügung ihrer Gewässer sich anzuschliessen, sondern auch die Pflicht, zur Verwirklichung der gemeinsamen Interessen durch positive Mitwirkung die Hand zu bieten. Dazu bedarf es aber der vermittelnden Intervention einer Verwaltungsbehörde. Und da es gilt, interkantonale Konflikte zu lösen, darf diese Behörde nicht streng an das kantonale Recht gebunden sein.»⁴⁶⁾

Die Opposition kam hauptsächlich von Seiten kleiner Bergkantone, die befürchteten, durch Stauseen grössere Teile ihres urbaren Gebietes zu verlieren.⁴⁷⁾ Um dieser Opposition entgegenzukommen und sie damit zu beseitigen, wurde Abs. 3 des Art. aufgenommen. Dadurch wird der Bund angewiesen, die ihm übertragene Kompetenz nicht dazu zu missbrauchen, um die Erstellung von Kraftwerken zu begünstigen, ohne die Interessen anderer Volkswirtschaftskreise des Kantons zu berücksichtigen. Er soll die ver-

⁴⁶⁾ Botschaft des Bundesrates zum W.R.G., 19. April 1912.

⁴⁷⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 58.

schiedenen im Spiele stehenden Interessen abwägen und denjenigen den Vorzug geben, die ihm als die wichtigeren erscheinen.

Wo die Beeinträchtigung eine unverhältnismässige ist, soll er die Verleihung für ein Kraftwerk nur erteilen, wenn der betreffende Kanton sich damit einverstanden erklärt.

Ob die Beeinträchtigung erheblich und unverhältnismässig ist, entscheidet aber der Bundesrat. Zu beachten ist, dass Art. 6 von einer Gewässerstrecke spricht.⁴⁸⁾ Es fallen darunter also nicht diejenigen Fälle, wo es sich um ein Gewässer handelt, das wohl durch mehrere Kantone fliesst, die zu konzessionierende Anlage aber ganz in einen Kanton zu liegen kommt. Festzuhalten ist hier auch, dass der Bundesrat in diesen Fällen wohl die Konzession erteilt, dass aber die Abgaben für die erteilte Konzession an die Kantone gehen.

bb) Internationale Gewässer. In ähnlicher Weise ordnet Art. 7 an: «Bei Gewässerstrecken, welche die Landesgrenze berühren, steht es dem Bundesrat zu, nach Anhören der beteiligten Kantone die Nutzungsrechte zu begründen oder die Nutzbarmachung der Wasserkräfte durch den Verfügungsberechtigten selbst zu bewilligen.»

Als internationale Gewässer werden nicht nur diejenigen betrachtet, die die Landesgrenze bilden, sondern auch die, die sie kreuzen.⁴⁹⁾ Der Bundesrat ist zur Wahrung der Interessen an den Grenzgewässern befugt. Er kann nach Anhören der Kantone die Verträge mit dem Ausland abschliessen.⁵⁰⁾ Er braucht sie daher nicht zuerst der Bundesversammlung vorzulegen.

Hingegen ist das Anhören der Kantone zwingend. Der Bundesrat ist aber nicht an deren Vorschläge gebunden, wird sie praktisch aber doch weitgehend berücksichtigen.

cc) Inanspruchnahme für Bundeszwecke. Diese Möglichkeit, dem Bunde die nötigen Wasserkräfte zur Nutzbarmachung zu verschaffen, war eines der wichtigsten Postulate der Bewegung gewesen, die zum Verfassungsartikel und anschliessend zum Bundesgesetz führte. Die Tatsache, dass es dem Bunde möglich sein

⁴⁸⁾ Näheres über den Begriff bei Geiser, Kommentar, S. 84. — E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf zum Z.G.B., 1902, S. 785 ff.

⁴⁹⁾ E. Huber, a. a. O. S. 785 ff. — W. Burckhardt, Kommentar B.V., Art. 24 bis.

⁵⁰⁾ Art. 24 bis B.V. — Art. 7 W.R.G. — Burckhardt, Kommentar, Art. 8, 9 B.V. — Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, S. 258 ff.

müsse, Wasserkräfte für sich in Anspruch zu nehmen, bestritt niemand. Man war sich nur nicht einig, auf was für eine rechtliche Grundlage man diesen Anspruch des Bundes stellen wollte.

Einerseits wurde die Meinung vertreten, der Bund müsse diese Fähigkeit aus eigenem Recht haben. Die mehr föderalistisch eingestellten Kreise sahen hierin einen Eingriff in das Hoheitsrecht der Kantone und stellten dieser Lösung die andere gegenüber, dass der Bund das Gewässer durch Konzessionserteilung erhalte, wobei er allerdings vor andern Bewerbern zu bevorzugen sei.

Die obsiegende Lösung finden wir im heutigen Gesetz.⁵¹⁾ Der Bund ist berechtigt für die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben die Benutzung eines Gewässers in Anspruch zu nehmen. Ist die Gewässerstrecke schon benutzt, so ist der Bund berechtigt, das Nutzungsrecht und die bestehenden Anlagen auf dem Wege der Enteignung oder durch Geltendmachung des Rückkaufs- oder Heimfallsrechtes von den Nutzungsberechtigten zu erwerben.

Hat er für die erworbene Wasserkraft keine Verwendung, so ist er befugt, das Nutzungsrecht inzwischen einem Dritten zur Ausübung zu überlassen. Wir haben drei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Bund nimmt ein öffentliches unbenutztes Gewässer in Anspruch. Dies kann er tun aus eigenem Recht zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben. (Art. 12, 1.) Es ist dies ein Recht zur selbständigen Verfügung. Es ist nicht durch Verleihung geordnet und schliesst das kantonale Verfügungsrecht aus.

Es bedarf auch keiner Expropriation. Um den Kantonen jedoch auf finanzieller Seite entgegenzukommen, wurden die Art. 13 und 14 ins Gesetz aufgenommen.⁵²⁾ Die Wasserkräfte sind als ein Gut der Kantone zu betrachten. Daher ist es auch recht und billig, dass, wenn der Bund diese in Anspruch nimmt, er das verfassungsberechtigte Gemeinwesen für den Ausfall der Konzessionsgebühr und des Wasserzinses schadlos haltet.⁵³⁾

2. Für den Fall, dass die Gewässerstrecke schon benutzt war, hat der Bund die Möglichkeit, sich die Nutzbarmachung durch Expropriation oder Ausübung des Rückkaufs- oder Heimfallsrechtes anzueignen. Die Expropriation erfolgt natürlich nach Bundesrecht.

⁵¹⁾ Art. 12 W.R.G.

⁵²⁾ Bericht des Bundesrates vom 25. Juli 1916 (*Geiser u. Abbühl, Komm.*, S. 54.

⁵³⁾ Art. 13, 1 W.R.G.

Das Enteignungsrecht des Bundes dient zur Lösung von Konflikten zwischen Einzel- und Sozialinteressen. Das erstere muss im Interesse der Gesamtheit weichen. Soweit es sich um geschützte Individualinteressen handelt, und das objektive Recht dies vorsieht, kann der Einzelne Entschädigungsansprüche geltend machen.

Für die Entschädigung in diesem zweiten Falle sind analoge Regeln anzuwenden. Der Bund hat das verfassungsberechtigte Gemeinwesen für die Einbussen, die es durch die Inanspruchnahme des Nutzungsrechtes erleidet, insbesondere für den Wegfall des Wasserzinses und, wenn es im einzelnen Fall begründet ist, für den Wegfall des Rückkaufs- oder Heimfallrechtes schadlos zu halten. Erhebt ein Kanton im Zeitpunkt der Inanspruchnahme eine besondere Steuer im Sinne des Art. 49 Abs. 3, so ist er für deren Wegfall schadlos zu halten.⁵⁴⁾

Das verfassungsberechtigte Gemeinwesen hat in beiden Fällen nebst der Entschädigung, die wir soeben besprochen haben, auch einen Anspruch auf einen Ausgleich für den Ausfall von kantonalen, kommunalen und weiteren Steuern.⁵⁵⁾ Es ist dies ein vernünftiges Postulat in Anbetracht der Gleichbehandlung der verschiedenen Gemeinwesen. Da dasjenige, welches seine Wasserkräfte einer Privatperson zur Nutzbarmachung verleiht, andernfalls besser dastehen würde als dasjenige, dessen Wasserkräfte durch den Bund beansprucht werden.⁵⁶⁾

Die Lösung, die im Gesetz aufgenommen wurde, sieht vor, dass die Entschädigung an das verfassungsberechtigte Gemeinwesen zu entrichten ist. Der Steuerausgleich dagegen, wie er in Art. 14 Abs. 1 vorgesehen ist, wird an die Kantone entrichtet, um bei ihnen den Ausfall an kantonalen, kommunalen und weiteren Steuern auszugleichen. Er ist dann befugt, den Steuerausfall der betroffenen Gemeinden, Bezirke oder Körperschaften auszugleichen durch Zuwendungen aus dem vom Bunde erhaltenen Betrag.⁵⁷⁾ Der Umfang des Steuerausgleiches wird im Gesetz mit einem Franken für die ausgebaute Bruttopferdekraft im Jahr festgesetzt. Es folgt dann die einschränkende Bemerkung, dass, wenn die zu schaffenden Sammelbecken besonders grosse Auslagen verursachen, unter Umständen

⁵⁴⁾ Art. 13, 2 W.R.G.

⁵⁵⁾ Art. 14, 1, W.R.G.

⁵⁶⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, S. 68 ff. und 75.

⁵⁷⁾ Art. 14, 3 W.R.G.

eine entsprechend geringere Anzahl von Pferdekraften in Anschlag gebracht werden könne.⁵⁸⁾ Art. 14 Abs. 2 enthält die Regelung für den Spezialfall, wo der Bund bei Gewässerstrecken mehrerer Kantone zur Verleihung selbst zuständig ist. Er bemüht sich hier den Anteil jedes Kantons nach dem Verhältnis, in dem er zur Gewinnung der Wasserkraft beiträgt, zu bemessen. Treten in solchen Fällen Streitigkeiten auf, so entscheidet das Bundesgericht als Staatsgerichtshof.⁵⁹⁾

Für den Fall, wo der Bund die Wasserkraft vom verfügungsberechtigten Uferanstösser fordert, gelten die gleichen Bestimmungen, wie für die zwei obigen Fälle analog.⁶⁰⁾

3. Schliesslich bleibt der Fall, wo der Bund ein privates Gewässer in Anspruch nimmt. Hier muss der Bund Enteignungsrecht anwenden.⁶¹⁾

Es fragt sich jetzt, wer kompetent ist, Wasserkraft für den Bund zu beanspruchen. Ist dies die Bundesversammlung oder der Bundesrat? Es könnte praktisch so gut die Bundesversammlung wie der Bundesrat sein, ist aber der Bundesrat. Ein Entscheid des Bundesrates müsste jedoch damit rechnen, dass er vor die Bundesversammlung käme, da es in Art. 12 W.R.G. ausdrücklich «Bund» und nicht «Bundesrat» heisst. Ob die Bundesversammlung in einem solchen Falle die Kompetenz hätte, den Entscheid der ausführenden Behörde zu annullieren, ist wieder eine andere Frage.⁶²⁾ Diese Befugnis ist abzustreiten oder doch zumindest zu bezweifeln.

In der Praxis spielt dieser Art. jedoch keine grosse Rolle. Zu den Fällen, wo der Bund in die Lage kommt, für sich Wasserkraft zu beanspruchen, zählt als weitaus wichtigster die Elektrifikation der Bundesbahnen. Bis das Gesetz zustande kam, hatten sich aber die Bundesbahnen schon vorher auf andere Art die nötigen Wasserkraft gesichert. Art. 12 wurde daher noch nicht manchmal angewendet.⁶³⁾

Ein solcher Fall war die Inanspruchnahme der Aare von Aarau bis Wildegg durch den Bundesratsbeschluss vom 11. Juli 1919.

⁵⁸⁾ Art. 14 Abs. 1 zweiter Satz.

⁵⁹⁾ Art. 14 Abs. 4.

⁶⁰⁾ Art. 20 W.R.G.

⁶¹⁾ Art. 12 W.R.G.

⁶²⁾ Art. 12 W.R.G.

⁶³⁾ Botschaft zu einer Teilrevision des W.R.G., S. 12.

c) Weitere bundesrechtliche Bestimmungen

Viele Aufgaben, die mit der Nutzbarmachung der Wasserkräfte zusammenhängen, sind von solcher Bedeutung oder von solchem Ausmass, dass sie sich direkt oder indirekt nicht nur auf die Interessen eines Kantons beschränken. Dazu gehört die Regulierung des Wasserstandes an Seen oder das Anlegen von Stauanlagen. Sie erfordern vielfach solche Geldmittel, dass sie nur mit der Beteiligung des Bundes in die Tat umgesetzt werden können. Andererseits ist die Anlage eines Stausees am Oberteil eines Flusses von solcher Bedeutung auch für die unteren Partien des Flusses, dass diese Fragen vielfach zu interkantonalen, wenn nicht zu internationalen werden. Da die Regelung dieser Aufgaben von grosser Bedeutung ist, wurden hier dem Bunde gewisse Kompetenzen übertragen. Sie scheinen über den Arbeitskreis des Bundesrates hinauszugehen und sind deshalb der Bundesversammlung vorbehalten.

Der Bund kann nach Anhören der Kantone im Interesse einer besseren Ausnutzung der Wasserkräfte und der Schifffahrt Arbeiten zur Regulierung des Wasserstandes und des Abflusses der Seen sowie die Schaffung künstlicher Sammelbecken anordnen.⁶⁴⁾ Um den Befürchtungen der kleinen Kantone, dass grosse Gebiete ihres Kantones unter Wasser geraten könnten, entgegenzutreten, wurde wie in Art. 6 W.R.G. die Bestimmung aufgenommen, dass die Erstellung eines Ausgleichbeckens nur mit Zustimmung des Kantons erfolgen darf, wenn die Inanspruchnahme von Grund und Boden die Ansiedlungs- oder Erwerbsverhältnisse der Bevölkerung eines Kantons erheblich und unverhältnismässig beeinträchtigen würde.⁶⁵⁾ Aber auch hier entscheidet der Bund darüber, wann die Beeinträchtigung erheblich und unverhältnismässig sei.

Sowohl Art. 15 wie 16 W.R.G. sind praktisch von keiner Bedeutung. Der Bund hat nämlich alle seine Massnahmen zur Regulierung der Wasserstände der schweizerischen Seen und seine erteilten finanziellen Unterstützungen auf den Art. 23 B.V. gestützt.⁶⁶⁾ Denn die Regulierung der Wasserstände unserer Seen berührt nicht nur die Interessen der bessern Ausnützung der Wasserkräfte und der

⁶⁴⁾ Art. 15/16 W.R.G.

⁶⁵⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept./Okt. 1913, S. 223 ff.

⁶⁶⁾ Bundesbeschluss vom 20. September 1935 über Bewilligung eines Beitrages an den Kanton Bern für Erstellung einer neuen Wehranlage in Nidau-Port etc.

Schifffahrt. Auch diejenigen der Landwirtschaft, der Fischerei, der Hygiene und des Städtebaus werden dadurch tangiert.⁶⁷⁾

Wie wir bereits bei den Betrachtungen über den Verfassungsartikel feststellten, erhielt der Bund durch Art. 24 bis auch Kompetenzen, die über das Gebiet der Wassernutzbarmachung hinausreichen. Einige dieser Bundeskompetenzen, lange nicht alle, hat er im Bundesgesetz geregelt, da die beiden Gebiete der Nutzbarmachung einerseits und der Ableitung andererseits in so engem Zusammenhang stehen, dass die grundlegendsten Bestimmungen über letztere in diesem Gesetze nicht fehlen dürfen.

In Art. 8 wird der Bundesbeschluss vom 31. März 1906 über die Abgabe inländischer Wasserkräfte ins Ausland bestätigt.⁶⁸⁾ Es werden der Ausfuhr gewisse Beschränkungen auferlegt. Die Ableitung von Wasser und die Abgabe der aus Wasser erzeugten Kraft ins Ausland bedarf der Bewilligung des Bundesrates. Diese soll nur erteilt werden, wenn das öffentliche Wohl durch die Ausfuhr nicht beeinträchtigt wird und nur soweit, als voraussichtlich das Wasser oder die Kraft für die Zeit der Bewilligung im Inlande keine angemessene Verwendung findet. Sie wird auf bestimmte Dauer und unter den vom Bundesrat festzustellenden Bedingungen erteilt, kann aber jederzeit aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen Entschädigung widerrufen werden. Die Entschädigung ist nach Massgabe der Bewilligung oder falls diese nichts darüber enthält, nach billigem Ermessen zu bestimmen und im Streitfall durch das Bundesgericht als Staatsgerichtshof festzusetzen.⁶⁹⁾

Diese Beschränkung bezieht sich sowohl auf das Wasser und die Wasserkräfte aus öffentlichen wie aus privaten Gewässern.⁷⁰⁾

Bezüglich der Ableitung von Kraft in andere Kantone besteht die Beschränkung, dass diese soweit nicht das öffentliche Interesse des Ausfuhrkantons es verbietet, stattzufinden hat.

Entstehen Streitigkeiten, so entscheidet der Bundesrat.⁷¹⁾ Einen schwachen Versuch, die Beziehungen zwischen Produzent und Konsument indirekt zu kontrollieren und zu beeinflussen, unternimmt der Bundesgesetzgeber in Art. 10. Die Eigentümer von Wasserwerken, die elektrische Kraft abgeben, haben die Vereinbarungen mit

⁶⁷⁾ Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision W.R.G., 1945, S. 14.

⁶⁸⁾ A.S. n. F., XXII S. 160 ff.

⁶⁹⁾ Art. 8 W.R.G.

⁷⁰⁾ Art. 17 Abs. 3 W.R.G.

⁷¹⁾ Art. 9 W.R.G.

anderen Wasserwerken, durch die ihnen die Abgabe von Kraft nach einem bestimmten Gebiet untersagt wird, auf Verlangen dem Bundesrate vorzulegen. Der Bundesrat ist berechtigt, ihre Abänderung zu verlangen, wenn sie dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. Diese Vorschriften finden ebenfalls auf Zwischenhändler ihre Anwendung.

§ 13 Die Benutzung der Gewässer

Die Bestimmungen hierüber finden wir im zweiten Teil des Gesetzes Art. 21—37. Diese Bestimmungen finden auf alle Wasserrechte Anwendung.⁷²⁾ Unter Wasserrechten haben wir allerdings andere als die der Nutzbarmachung der Wasserrechte nur insofern zu berücksichtigen, als sie in Beziehung zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte stehen. Darunter fallen hauptsächlich Schiffahrt, Fischerei und Flösserei.

Diese Bestimmungen des zweiten Abschnittes klären uns über die Art auf, wie die Benutzung zu geschehen hat, wobei es keine Rolle spielt, ob sie auf Verleihung oder anderer rechtlicher Grundlage ruht.

Er handelt vom Verhältnis, in dem die verschiedenen Benutzer zu den Behörden und unter sich stehen. Durch ein gemeinsames Gefälle oder gemeinsame Stauanlagen etc. werden gemeinsame Interessen geschaffen. Diese führen leicht zu Streitigkeiten. Dies muss vermieden werden. Die Vorschriften dieses Abschnittes mussten auch auf private Gewässer gültig erklärt werden, da auch bei ihnen das Verhältnis mehrerer Beteiligten oder die Frage der Wasserwerkgenossenschaften von Bedeutung ist. Es muss auch hier der Staat als Unparteiischer dazwischen treten können.⁷³⁾ Solche Vorschriften, die für alle Wasserwerke gelten sollen, betreffen die Wasserpolizei, die Fischerei, die Schiffahrt, die Flösserei, soweit diese noch von nennenswerter Bedeutung ist, die Hydrometrie und den Wasserrechtskataster und dann, wie erwähnt, das Verhältnis der verschiedenen Wasserwerke zueinander. Unter dieses fällt auch die Bildung von Genossenschaften.

⁷²⁾ Art. 74 Abs. 1 W.R.G.

⁷³⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, S. 235, Votum Isler — Botschaft B.G. W.R.G., S. 685 ff.

A. Aufsicht der Behörden

Diese bezieht sich einmal auf die Wahrung der wasserbaupolizeilichen Vorschriften. «Die Wasserwerke sollen den wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und der Kantone entsprechen. Vor Beginn der Baute sind die Pläne der Wasserwerke unter Ansetzung einer angemessenen Einsprachefrist öffentlich bekannt zu machen.»⁷⁴⁾

Diese Kompetenz des Absatzes 2 stand dem Bund schon früher zu. Schon die Bundesverfassungsrevision von 1897, die das Wasserbaupolizeigesetz für das Hochgebirge auf die ganze Schweiz ausgedehnt hat, gab ihm diese.⁷⁵⁾

Nun kam Abs. 3 hinzu, der in den Beratungen und vorher zu viel Diskussionen Anlass gab. Dieser Abs. schreibt vor, dass, wenn Wasserwerke an Gewässern erstellt werden, die mit Bundeshilfe korrigiert worden sind, der Bundesrat endgültig entscheide, ob sie durchgeführt werden oder nicht. Dieser Abs. bezieht sich nun in keiner Weise auf das Recht der Konzessionsverleihung, wie irrtümlich angenommen wurde.⁷⁶⁾ Man darf also nicht so folgern, dass der Bund für Gewässer, für deren Korrektur er Subventionen erteilte, das Konzessionsrecht verleihen dürfe. Die Fälle, wo er das darf, sind im Gesetz abschliessend aufgezählt. Dieses Recht steht den Kantonen zu. Er verleiht die Konzession nach seinen Gesetzen unter Berücksichtigung der in diesen Gesetzen gegebenen Richtlinien.

Die «vorherige Genehmigung» bedeutet, dass der Bund, bevor gebaut wird, die Genehmigung geben soll. An solchen Gewässern darf also nicht gebaut werden, bevor die baupolizeiliche Genehmigung vorliegt.⁷⁷⁾

An den nicht subventionierten Gewässern hat praktisch der Kanton für die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften bei der Erteilung der Konzession zu sorgen.⁷⁸⁾

Von zwei Seiten her wurde verlangt, dass die Wahrung der Schönheiten der Landschaft auch ins Pflichtenheft der Bundesbehörde aufgenommen werde. Ein ideelles Interesse hat die Heimatschutzbewegung und ein praktisches die Fremdenindustrie. Der

⁷⁴⁾ Art. 21 Abs. 1 und 2 W.R.G.

⁷⁵⁾ Wasserbaupolizeigesetz vom 22. Juni 1877, Art. 3.

⁷⁶⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, S. 236 ff., Votum Isler.

⁷⁷⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, S. 297, Votum Isler.

⁷⁸⁾ Geiser u. Abbühl, Kommentar, S. 134.

Bund wird durch Art. 22 auch in diesen Gebieten zuständig erklärt, in Interessenkonflikten schlichtend und, wenn nötig, entscheidend zu wirken. Die Bestrebungen des Gesetzes gehen einerseits dahin, die Naturschönheiten zu schonen, ja wenn das allgemeine Interesse überwiegt, sollen sie wenn immer möglich erhalten bleiben. Andererseits sollen, wo Anlagen von Wasserwerken, aber auch Anlagen zur Ausnutzung der Kraft erstellt werden, diese so gebaut werden, dass sie eine minimale Störung des Landschaftsbildes zur Folge haben.

Ein weiteres Gebiet, wo es zu Interessenkollisionen kommen kann, ist das der Fischerei. Das Bundesgesetz verpflichtet die Werkbesitzer, die geeigneten Einrichtungen zum Schutze der Fischerei zu erstellen. Es geht noch weiter. Zeigt sich die Notwendigkeit Verbesserungen und andere Massnahmen vorzunehmen, so sind die Werke auch dazu verpflichtet.⁷⁹⁾ Diese Pflicht bestand schon zuvor und der Art. wurde aus dem Bundesgesetz über die Fischerei vom 1. Juli 1889 übernommen.

Praktisch stellt man sich darunter hauptsächlich folgendes vor. Es soll verhindert werden, dass die Fischbestände in den Gewässern durch die Wasserwerkanlagen dezimiert werden. Dies soll dadurch geschehen, dass Anlagen gebaut werden, die verhindern, dass die Fische in die Turbinen gelangen. Andererseits soll den Fischen durch die Werke der Durchgang nicht verwehrt werden. Diese sind verpflichtet, wenn die Kosten nicht unverhältnismässig hoch sind, Fischwege zu erstellen. Der Bundesrat hat zu bestimmen, ob die Kosten unverhältnismässig hoch sind.⁸⁰⁾

Viel wichtiger und von grösserer Bedeutung sind die Pflichten des Bundes zur Wahrung der Schifffahrt.⁸¹⁾ Es galt auf die gegenwärtige wie auf die zukünftige Schifffahrt Rücksicht zu nehmen. In den Fällen, wo die Schifffahrt besteht und an einem solchen Gewässer ein Wasserwerk erbaut wird, hat der Erbauer selbstverständlich darauf Rücksicht zu nehmen, dass die fremden Interessen nicht verletzt werden, dass also die Schifffahrt mindestens in dem Ausmass, in dem sie bis jetzt betrieben wurde, weiterhin möglich ist. Er hat dazu die nötigen technischen Anlagen zu schaffen und dies auf seine Kosten. Denn sein spezielles Nutzungsrecht geht wohl darauf, die Wasserkräfte zur Kraftgewinnung zu brauchen, niemals aber

⁷⁹⁾ Art. 23 W.R.G.

⁸⁰⁾ Geiser u. Abbühl, Kommentar, S. 138.

⁸¹⁾ Art. 24—27 W.R.G.

dahin, um dieses Ziel zu erreichen, anderen Interessenten ihre spezielle Nutzung zu verunmöglichen.⁸²⁾

Anders ist die Lage, wenn zukünftige Verhältnisse betreffend die Schifffahrt in Frage kommen.

Besonders in Fällen, wo das Gewässer zuerst noch schiffbar gemacht werden muss, ist kein Recht auf Schifffahrt vorhanden, im Moment, in dem das Werk gebaut wird. Es wird somit auch niemand in seinem Rechte beeinträchtigt. Dennoch soll aber auf die zukünftige Schifffahrt Rücksicht genommen werden. In diesen Fällen kann dem Werkeigentümer wirklich nicht zugemutet werden, dass er die Kosten für die nötigen technischen Anlagen allein trage. Es sind hier verschiedene Interessenkreise vorhanden. Eine billige Verteilung der Kosten auf dieselben wird der gerechten Lösung entsprechen. Es kommen dabei in Frage die Schifffahrtsunternehmungen, die Werkeigentümer, insoweit sie aus den Anlagen Vorteile ziehen, die Gemeinden, evtl. Kantone und Bund.

Schliesslich ist noch der dritte Fall zu berücksichtigen, wo die Werke schon errichtet sind. Nachträglich wird das Gewässer nun schiffbar gemacht. Hier kann den Werken auch nicht zugemutet werden, dass sie die Kosten übernehmen. Eine Ausnahme trifft zu, wenn in der Konzession für einen solchen Fall die finanzielle Beteiligung des Werkes voraus gesehen war.⁸³⁾

Die Gewässer, die als schiffbar zu betrachten sind, sowie die, deren Schiffbarmachung in Aussicht genommen ist, werden nach Anhören der Kantone durch den Bundesrat bezeichnet.⁸⁴⁾

Die Pflichten, die dem Werkeigentümer nach Errichtung des Werkes obliegen, finden wir in Art. 25 und 26 W.R.G. Darnach werden die Wasserwerkbesitzer dazu verpflichtet, das zur Speisung von Schleusen oder anderen Schifffahrtseinrichtungen nötige Wasser abzutreten. Es gelten hier gleiche Grundsätze wie beim Bau der technischen Einrichtungen. Unentgeltlich muss dasjenige Wasser sein, das abgegeben wird zur Erhaltung der schon vorher bestandenen Schifffahrt, entgeltlich dasjenige, das bei der Schiffbarmachung abgegeben wird.

⁸²⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, September 1913, S. 299 ff. Votum Isler. — Stenographisches Bulletin Nationalrat, September 1915, S. 247 ff. Votum Vital.

⁸³⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, S. 247, Votum Vital.

⁸⁴⁾ Art. 24 Abs. 2 W.R.G. — Art. 28 W.R.G.

In Fällen, wo der Betrieb der Wasserwerke durch die Ausführung der Arbeiten eine erhebliche Beeinträchtigung erfährt, sollen die Werkeigentümer dafür vom Unternehmer der Schiffahrtsanlage unter Berücksichtigung der ihnen entstandenen Vorteile entschädigt werden.

Schliesslich wird in Art. 27 noch ganz allgemein das Interesse der Schifffahrt gewahrt, indem in den vom Bundesrat zur Schifffarmachung bezeichneten Gewässern überhaupt keine die Schifffahrt hindernden Bauten oder künstliche Veränderungen der Wasserlinie vorgenommen werden sollen. Der Bund hört dabei die Kantone an.

Obwohl die Flösserei heute praktisch von keiner grossen Bedeutung mehr ist, wurde auch für sie ein Interessenschutz im Gesetz vorgesehen, der aber vielfach heute nur noch historische Bedeutung hat, da höchstens noch Kleinholz geflösst wird.

Was eigentlich selbstverständlich erscheint, behält sich der Bund in den Art. 29 und 30 vor. Es ist dies das Recht, einerseits die Wasserwerkbesitzer anzuhalten, die Einrichtungen für Messungen von Wasserständen und Wassermengen zu errichten und diese vorzunehmen. Sind damit übermässige Kosten verbunden, so werden sie den Werken entschädigt. Andererseits behält sich der Bund vor, an Wasserstrecken, an denen keine Werke sind, solche Messungen selbst vorzunehmen. Zur Feststellung der an den Gewässern bestehenden und für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte in Betracht fallenden Rechte und Anlagen, sind die Kantone gehalten, ein Verzeichnis zu führen.⁸⁵⁾

B. Verhältnis der Nutzungsberechtigten untereinander

Gegenseitige Rücksichtnahme

Eine solche ist unerlässlich, wenn mehrere Wasserwerke untereinander in Bezug auf den Stand und Lauf der Gewässer miteinander in Beziehung stehen. Kommt eine Einigung unter den Beteiligten nicht zustande, so hat die kantonale administrative Behörde, wenn das Gewässer in einem Kanton liegt, sonst der Bund für eine solche zu sorgen. Gegen den administrativen Entscheid können die

⁸⁵⁾ Art. 31 W.R.G.

Beteiligten den Richter anrufen. Dies allerdings nur für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung.

Es ist eine vernünftige Lösung, dass in Fällen, wo Private oder Gemeinden Vorrichtungen auf eigene Kosten errichtet haben, die auch andern Wasserwerkbesitzern zum Nutzen gereichen, diese einen ihrem Nutzen entsprechenden Kostenanteil zu tragen haben. Die Beiträge werden durch die zuständige kantonale Behörde und wenn mehrere Wasserwerke verschiedener Kantone in Betracht kommen, durch die Behörden des Bundes bestimmt. Der Rekurs gegen diese Entscheide an das Bundesgericht als Staatsgerichtshof bleibt offen. In Fällen, wo es ratsam erscheint, hat die Behörde nachträglich die Möglichkeit, die Interessenten in einer Genossenschaft zusammenzuschliessen. (Art. 33, 3.) Gegen einen solchen behördlichen Entscheid ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig.

C. Bildung von Genossenschaften

In den oben erwähnten Fällen ist es wünschenswert, dass sich die Nutzungsberechtigten auf freiwilliger Basis zusammenschliessen, um gemeinsam das Ziel eines rationellen Ausbaus der Gefälle zu erreichen. Der Staat geht sogar noch weiter und sieht einen gewissen Zwang vor zu einem Zusammenschluss. Dies allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen. Dies dann, wenn die Mehrheit der Beteiligten, die zugleich die grössere Menge der Wasserkräfte besitzen, um einen Zusammenschluss nachsucht und die Kosten der genossenschaftlichen Anlagen die Leistungsfähigkeit der einzelnen nicht übersteigt. Ein erst nach der Bildung der Genossenschaft hinzutretender Nutzungsberechtigter kann von der zuständigen Behörde zum Beitritt und zur Zahlung einer angemessenen Einkaufssumme angehalten werden. Gegen diese Verfügung ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig.

Die Organisation, d. h. die Errichtung der Statuten der Zwangsgenossenschaft ist dieser unter gewissen Einschränkungen überlassen. Die Statuten bedürfen der Genehmigung der zuständigen Behörde. Kann eine Einigung unter den Mitgliedern nicht erfolgen, so werden die Statuten durch den Staat festgesetzt. Das Gesetz schreibt ihre wesentlichsten Erfordernisse, wie Bestimmungen über Mitgliedschaft und Organe der Genossenschaft, vor. Abänderungen der Sta-

tuten sind ebenfalls genehmigungspflichtig. Bei veränderten Umständen oder aus Gründen der Billigkeit kann die Behörde nach Anhören der Genossenschaft die Statuten von sich aus nachträglich abändern. Streitigkeiten über die Beitrittspflicht, die Beteiligung der Beitretenden an den Vorteilen und Lasten und die Aenderung der Statuten oder die Auflösung entscheidet die zuständige Behörde. Andere Streitfälle unterstehen den gewöhnlichen Gerichten. Art. 34—37 W.R.G.

§ 14 Die Verleihung von Wasserrechten

Unter der Wasserrechtsverleihung haben wir den Rechtsakt, durch den die Behörde das Recht, die Kraft einer Gewässerstrecke innert bestimmter Grenzen zu nutzen, dem Beliehenen erteilt, der sich seinerseits zu bestimmten Leistungen verpflichtet, zu verstehen.⁸⁶⁾

Verfügungsgewalt über ein Gewässer und Verleihung hängen sehr stark zusammen. Wer die erstere hat, kann auch die Verleihung erteilen. Daraus folgern wir, dass die Verleihung der Wasserrechte der Behörde desjenigen Kantons zusteht, in dessen Gebiet die in Anspruch genommene Wasserstrecke liegt. Weiter folgt entsprechend unseren Ausführungen über die Verfügung an Gewässern, dass, wenn die Gewässerstrecke in verschiedene Kantone zu liegen kommt, diese Kantone sich zu einigen haben, um gemeinsam die Verleihung vorzunehmen. Erfolgt keine Einigung, so steht es dem Bundesrat zu, die Verleihung zu erteilen. Er entscheidet auch bei Uneinigkeit der Kantone über den Umfang der den einzelnen Kantonen aus der Verleihung zustehenden Rechte.

Entsprechend verleiht der Bundesrat die Wasserrechte auch bei Gewässern, die die Landesgrenze berühren.⁸⁷⁾

Ganz allgemein sind als Grundsätze zur Verleihung das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen, worunter auch private Interessen fallen können, zu beachten. (Art. 39.) Für den Spezialfall, dass mehrere Bewerber für das gleiche Wasserrecht vorhanden sind, muss nach besondern Kautelen entschieden werden, welchen von ihnen

⁸⁶⁾ Juristische Kartothek, Wasserrechtsverleihung, Dr. R. Lorétan.

⁸⁷⁾ Art. 38 W.R.G.

das Recht verliehen werden soll. Derjenige wird den Vorzug erhalten, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse entspricht. Trifft dies bei allen in gleichem Masse zu, so entscheidet der höhere Grad der Wirtschaftlichkeit in der Ausnutzung der Wasserkräfte. (Art. 41 W.R.G.)

An die Person, die die Verleihung erhalten soll, werden durch das Bundesgesetz bestimmte subjektive Anforderungen gestellt. Der tiefere Sinn dieser Bestimmungen liegt darin, ein so wichtiges Gut, wie das der Elektrizität, nicht ausländischen Spekulationen zum Opfer fallen zu lassen, sondern es so weit als möglich dem Lande zu erhalten.

Für den Fall, dass sich natürliche Personen oder Personengemeinschaften um ein Wasserrecht bewerben, müssen diese oder deren Mitglieder Schweizerbürger sein und müssen während der ganzen Dauer ihren Wohnsitz in der Schweiz haben.

Für den Fall, dass es sich um juristische Personen handelt, gilt, dass diese während der ganzen Dauer der Verleihung ihren Sitz in der Schweiz haben müssen und mindestens Zweidrittel der Verwaltung aus Schweizerbürgern bestehen müssen. Eine Ausnahme kommt nur in Frage, wenn in Vereinbarungen betreffend Gewässern an der Landesgrenze etwas anderes bestimmt wird.

Diese Vorschriften über die Nationalität, aber auch die, wonach die bestqualifizierten Bewerber die Berechtigung erhalten sollen, würden eine Lücke aufweisen, wenn es der verleihenden Behörde nicht möglich wäre zu kontrollieren, wer im Falle der Uebertragung neuer Werkeigentümer wird. Ein solches Kontrollrecht ist daher selbstverständlich und das Gesetz sieht vor, dass eine Uebertragung nur mit Zustimmung der Verleihungsbehörde erfolgen darf. Eine Richtlinie zur Ausübung dieser Kontrolle ist darin zu erblicken, dass die Behörde die Zustimmung nicht verweigern soll, wenn der neue Erwerber allen Erfordernissen der Verleihung genügt und keine Gründe des öffentlichen Wohls der Uebertragung entgegenstehen. Unter öffentlichem Wohl haben wir nicht nur rein staatliche oder Gemeindeinteressen, sondern die allgemeinen Interessen der Volkswirtschaft zu verstehen.⁸⁸⁾ Gegen eine eventuelle Verweigerung wird die Beschwerdemöglichkeit an die oberste Behörde, den Bundesrat vorgesehen.⁸⁹⁾

⁸⁸⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sep. 1913, S. 304, Votum Usteri.

⁸⁹⁾ Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, Art. 29—33.

Das Nutzungsrecht

Die Rechte, die dem Beliehenen aus der Konzession entstehen, sind wohlerworbene.

Bei Einschränkungen dieser Rechte, die durch öffentliche Bauten an Wasserläufen entstehen, haben wir einerseits den Fall, wo eine bleibende Benachteiligung eintritt und anderseits den, wo nur eine vorübergehende Schädigung eintritt, zu unterscheiden. Im erstern ist eine Entschädigung durch den Staat gerechtfertigt, allerdings mit der Einschränkung, dass, wenn eine Anpassung der Werkanlagen an die neuen Verhältnisse ohne übermässige Kosten möglich ist, der Entschädigungsanspruch gar nicht oder nur beschränkt berücksichtigt wird.

Im zweiten Fall wird keine Entschädigung vorgesehen. Ueber Streitigkeiten aus diesem Gebiet entscheidet das Bundesgericht als Staatsgerichtshof.

Auch das Verhältnis der Beliehenen gegenüber Dritten bedarf der gesetzlichen Regelung. Prinzipiell werden die Privatrechte Dritter und die früheren Verleihungen durch die neue Verleihung nicht berührt.

Dies ist allerdings die Regel, findet aber ihre Ausnahme in einem besonderen Fall. Es kann der Fall eintreten, dass der Bewerber die Konzession erhält. Diese allein nützt ihm aber nichts, da die Rechte Dritter ihm bei der Ausführung seines Werkes im Wege stehen. Für solche Fälle ist vorgesehen, dass aus Gründen des öffentlichen Wohls die Verleihungsbehörde dem Beliehenen das Recht zur Enteignung gewähren kann. Dieses Erfordernis kann auch erst in einem spätern Zeitpunkt eintreten, bei der Umwandlung oder Erweiterung des Werkes. Natürlich entsteht bei solchen Entscheiden leicht ein Streit, denn die Inhaber früherer Rechte werden sich nicht ohne weiteres entrichten lassen, obwohl dieser Ausfall ja durch eine Entschädigung wettgemacht wird.

Einerseits können Streitigkeiten entstehen über die Abtretungspflicht und anderseits solche über die Höhe der Entschädigung. Prinzipiell entscheidet Streitigkeiten ersterer Art die Verleihungsbehörde. Dabei ist daran zu denken, dass auch der Bund darunter fallen kann.⁹⁰⁾

⁹⁰⁾ Art. 45—47 W.R.G. — Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, Art. 36—38. — Stenographisches Bulletin Ständerat, Sept. 1913, Art. 36—38.

Pflichten der Beliehenen

Die Leistungen und Bedingungen werden gemäss kantonalem Recht durch die Verleihungsbehörde bestimmt. Auch der Bundesrat hat sie demnach in den Fällen, wo er die Konzession verleiht, zu bestimmen. Er nimmt dabei billige Rücksicht auf die kantonale Gesetzgebung. Berechtigter zur Entgegennahme der Leistung ist aber auch in diesen Fällen der Kanton und nicht etwa der Bund.

Die Kantone andererseits können nicht nach Belieben Leistungen fordern, sondern sind darin wieder durch Bundesrecht beschränkt. Als allgemeine Wegleitung in dieser Beziehung gilt der Satz, dass die Abgabe der Leistungen in ihrer Gesamtheit die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren dürfe. Es war schwer, eine praktische Grenze zu bestimmen. Der Sache wäre mehr gedient gewesen, wenn der Bund sie in jedem einzelnen Fall hätte bestimmen können. Dies erlaubten ihm aber seine Kompetenzen nicht.

In Fällen, wo den Werken übermässige Leistungen zugemutet werden, können sie sich an den Bundesrat wenden. Dieser bestimmt nach Rücksprache mit dem Kanton die Höhe der Leistungen, die unter Umständen später heraufgesetzt werden können. Dies gilt nicht für die Höhe des Wasserzinses, der ja in Art. 49 maximal auf Fr. 6.— festgesetzt worden ist, und auch nicht auf die einmalige Konzessionsgebühr, die zu bestimmen den Kantonen frei steht.⁹¹⁾

Eine besondere Bestimmung bezüglich des Wasserzinses gilt für den Fall, wo einem Werkbesitzer durch den Bau eines Sammelbeckens verhältnismässig hohe Auslagen erwachsen. Hier soll, wenn es die Umstände rechtfertigen, der Wasserzins für die neu gewonnene Kraft angemessen herabgesetzt werden. Es ist dies keine Besserstellung dieser Werke. Die Ermässigung wird ja nur für die neu gewonnene Kraft angewendet, die zuvor ja auch nicht mit einem Wasserzins belegt werden konnte.

Auf Wasserwerke, die auf einer Verleihung beruhen, dürfen keine besonderen Steuern gelegt werden, insofern diese mit dem Wasserzins zusammen die Maximalsumme von Fr. 6.— übersteigen würden.

Alle Gebühren und Abgaben sollen für Kraft, die nach andern Kantonen geführt wird, dieselben sein wie für die im Kanton selbst verwendete Kraft. Aus vernünftigen Erwägungen heraus sind den

⁹¹⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, Art. 39.

Unternehmern, die es wagen, das Werk zu bauen, gewisse Vorteile vorbehalten. Während der Bauzeit darf von ihm kein Wasserzins erhoben werden (Art. 50, 1). Dies heisst nun nicht, dass die Zinspflicht vom Moment der Konzessionserteilung bis zum Moment des vollendeten Baus nicht bestehe. Der Vorteil beschränkt sich auf die reine Bauzeit. Ein weiterer Vorteil ist darin zu erblicken, dass während der ersten sechs Jahre der Inbetriebnahme des Werkes der Wasserzins verhältnismässig zur ausgenutzten Kraft berechnet wird. Die Art der Berechnung des Wasserzinses wird durch den Bund bestimmt.

Von Gesetzes wegen liegt dem Beliehenen die Pflicht ob, den Gemeinden Wasser zu öffentlichen Zwecken im Umfange des dringenden Bedürfnisses zur Verfügung zu stellen. Dies aber nur, wenn eine anderweitige Beschaffung die Gemeinden mit übermässigen Kosten belasten würde. Weiter darf der Wasserbezug die Ausnutzung der Wasserkraft nicht ernstlich beeinträchtigen.

Um eine gewisse Einheitlichkeit in der Konzessionserteilung zu erreichen, teilen wir den Inhalt der Konzession in obligatorische und fakultative Erfordernisse auf.⁹²⁾ Fehlen die obligatorischen Erfordernisse, so kommt überhaupt keine Verleihung zustande.⁹³⁾ Als notwendiger Inhalt wird betrachtet die Person des Beliehenen, der Umfang des verliehenen Nutzungsrechts, die Dauer der Verleihung und die dem Beliehenen auferlegten Leistungen. Bei Verleihungen über 50 Pferdekräfte zudem noch die Fristen und Bestimmungen über das Recht des Heimfalls oder des Rückkaufs des Werkes zugunsten des verleihenden Gemeinwesens (Art. 54). Fehlt nur eine dieser Bestimmungen, so wird die Verleihung durch den Richter vervollständigt. Wie ihr Name sagt, können die fakultativen Bestimmungen des Art. 55 W.R.G. in die Verleihung aufgenommen werden, brauchen dies aber nicht unbedingt. Der Bundesrat hätte die Kompetenz, Normalbestimmungen für die Verleihungen aufzustellen. Er hat dies aber nicht getan, da seiner Meinung nach der dritte Teil des Gesetzes deutlich genug gehalten sei.⁹⁴⁾

Für den Fall, dass sich die Verleihungsbehörde Rechte ausbe-
dungen hat, die mit der Geschäftsführung des Beliehenen im Zu-

⁹²⁾ Art. 54, 55 W.R.G.

⁹³⁾ Juristische Kartothek, Wassernutzbarmachung, Dr. Lorétan.

⁹⁴⁾ Geschäftsbericht des Bundesrates, 1922, S. 259. — *Delessert*, S. 326 a.

sammenhang stehen, so ist sie berechtigt, in die Geschäftsführung des Beliebenen Einsicht zu nehmen, sofern sie ein Interesse daran glaubhaft macht.⁹⁵⁾

Die Dauer der Verleihung wird von bundesrechts wegen auf die Maximaldauer von 80 Jahren beschränkt. In dieser Zeit soll es den Werken möglich sein, ihre Anlagen, auch wenn diese kostspielig waren, zu amortisieren. Eine Minimaldauer wird vom Gesetz nicht vorgesehen. Gemeinwesen werden in dem Sinne bevorzugt, dass an sie nach Ablauf der Frist eine neue Konzession erteilt werden kann. Eine Ausnahme würde nur der Fall bilden, wo diese Verlängerung nicht im öffentlichen Interesse läge. Kommt eine Einigung zwischen dem Kanton und dem Gemeinwesen nicht zustande, so hat der Bundesrat zu entscheiden, wie das auch zutrifft in interkantonalen Fällen.⁹⁶⁾

Die Wasserrechte, die zur Ausnutzung des Wassers zu motorischen Zwecken befugen, können, wenn sie selbständige und dauernde sind, als solche ins Grundbuch aufgenommen werden. Dabei muss die Dauer mindestens dreissig Jahre betragen. Die praktische Bedeutung des Eintrags, die rein zivilrechtlicher Natur ist, geht dahin, dass das Wasserrecht durch den Eintrag wie ein Grundstück veräusserlich und verpfändbar wird. Dies allerdings nur im Rahmen der öffentlich-rechtlichen (kantonalen) Bestimmungen. Das Verfügungsrecht ist keineswegs ein unbeschränktes.⁹⁷⁾

Verleihungsverfahren bei kantonalen Gewässern

Die Kantone regeln unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Vorschriften das Verfahren für die Verleihung an kantonalen Gewässern. Diese Richtlinien des Bundes verlangen eine Veröffentlichung der Konzessionsurkunde. Dabei ist eine angemessene Einsprachefrist anzusetzen, innerhalb welcher öffentliche und private Rechte geltend gemacht werden können. Auch Bezirke, Gemeinden, Bevölkerungsgruppen und Einzelne, die in der Konzessionserteilung eine Benachteiligung des öffentlichen Interesses erblicken, sind befugt, Einsprache zu erheben.⁹⁸⁾ Entgegen dem Ausrufverfahren in

⁹⁵⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 193.

⁹⁶⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, S. 291/92, Voten Vital, Weber, Calonder.

⁹⁷⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 196.

⁹⁸⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 197.

Art. 75 W.R.G. tritt hier bei einer nicht erfolgten Anmeldung von Rechten eine Verwirkung nicht ein.

Sollte es sich als erforderlich erweisen, dass weitere Vorschriften erlassen werden, so steht diese Kompetenz, trotzdem die rechtliche Ordnung dieses Gebietes grundsätzlich den Kantonen zusteht, dennoch dem Bundesrat zu.⁹⁹⁾ Für die Fälle, wo mehrere Kantone durch die Verleihung berührt werden, ist vorgesehen, dass jeder Kanton seine Verleihungsvorschriften zur Anwendung bringt. Wie bei allen Fällen bei interkantonalen Gewässern, ist auch hier der Bundesrat zuständig, eventuelle zwischen den Kantonen entstehende Anstände zu regeln und zu entscheiden.¹⁰⁰⁾ Für die Fälle, in denen der Bundesrat selbst die Verleihung erteilt, hat er auch ein eigenes Verfahren aufzustellen.¹⁰¹⁾

Ende der Verleihung

Eine Beendigung der Konzession lässt sich aus verschiedenen Gründen denken. Das Gesetz unterscheidet denn drei grundsätzlich verschiedene Gruppen von Beendigungsgründen. a) Beendigung durch Rückkauf; b) Beendigung durch Erlöschen, wobei dies wiederum aus zwei Gründen eintreten kann, einerseits wegen Ablauf der Konzessionsdauer und anderseits durch ausdrücklichen Verzicht; c) Beendigung durch Verwirkung. Hier fallen darunter Fristversäumnis, Betriebsunterbrechung von mehr als zwei Jahren und grobe Verletzung wichtiger Pflichten trotz Mahnung.

Der Rückkauf ermöglicht es der Verleihungsbehörde, das Recht schon vor Ablauf der Dauer wieder zu erwerben. Das Bundesgesetz bestimmt hier nur einschränkend, dass ein Rückkauf auf jeden Fall nicht vor Ablauf des ersten Drittels der Konzessionsdauer, vom Tage der Verleihung an gerechnet, geschehen dürfe. Weitere Bestimmungen aufzustellen bleibt dem Kanton oder dem verleihungsberechtigten Gemeinwesen vorbehalten. Es ist klar, dass ein Rückkauf nur durch die Behörde, die die Berechtigung zur Erteilung der Verleihung gehabt hat, erfolgen kann.

Durch Ablauf der Dauer erlischt das Konzessionsverhältnis ohne weiteres. Es braucht dazu keines besonderen Aktes der Ver-

⁹⁹⁾ Stenographisches Bulletin Nationalrat, Sept. 1915, S. 296, Votum Seiler. Vital.

¹⁰⁰⁾ Art. 61 W.R.G.

¹⁰¹⁾ Art. 62 W.R.G.

leihungsbehörde. Das gleiche gilt für den Fall des ausdrücklichen Verzichtes.

Anders ist dies in den erwähnten Fällen der Verwirkung. Hier muss die Verleihung als verwirkt erklärt werden. Die Säumnis der Fristen zieht im Normalfall die Verwirkung nach sich. Sicher ist aber in Ausnahmefällen, wo dies durch die Umstände gerechtfertigt wird, eine Verlängerung der Fristen möglich.

Die Betriebsunterbrechung von zwei Jahren wird nur in den Fällen zur Verwirkung führen, in denen ein Verschulden oder Nachlässigkeit des Berechtigten vorliegt, nicht aber, wenn z. B. der Unterbruch durch ein Naturereignis und die dadurch erforderlichen Umbauarbeiten verursacht worden ist. Unter wichtigen Pflichten haben wir solche zu verstehen, die dem Berechtigten durch das Gesetz oder die Verleihung auferlegt werden. Also auch die Bezahlung des Wasserzinses.¹⁰²⁾

Der Berechtigte ist im Falle der Verwirkung verpflichtet, die nötigen Sicherungsarbeiten, die sich aus der Einstellung des Betriebes des Werkes ergeben, vorzunehmen. Die Bestimmungen des Gesetzes über den Heimfall haben insofern nur subsidiäre Bedeutung, als Abmachungen in der Verleihungsurkunde diesen vorgehen.

Das Heimfallsrecht gibt dem verleihungsberechtigten Gemeinwesen die Befugnis, gewisse Bestandteile des Kraftwerkes unentgeltlich zu übernehmen und andere gegen eine angemessene Entschädigung zu erwerben.¹⁰³⁾

Die auf öffentlichem oder privatem Boden erstellten hydraulischen Anlagen und der zum Betrieb des Wasserwerkes dienende Boden fällt unentgeltlich dem berechtigten Gemeinwesen zu. Dagegen sind die Anlagen zur Erzeugung und Fortleitung elektrischer Energie gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen. Für die Fälle, in denen sich die benutzten Gewässer auf dem Gebiete mehrerer Kantone befinden, wird das Wasserwerk beim Heimfall, soweit es von ihnen betroffen wird, Miteigentum der Kantone. Der Miteigentumsanteil jedes Kantons wird durch den Anteil, den der Kanton bei der Gewinnung der Wasserkräfte beiträgt, bestimmt.¹⁰⁴⁾ Sollte eine Einigung unter den Kantonen über die fernere Benutzung und den Anteil jedes Kantons nicht möglich sein, so hat der

¹⁰²⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 201.

¹⁰³⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 204.

¹⁰⁴⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 205.

Bundesrat darüber zu entscheiden.¹⁰⁵⁾ Findet die Verleihung durch Ablauf ohne Heimfall, durch Verwirkung oder Verzicht ihr Ende, so gilt subsidiär, dass die auf privatem Boden errichteten Anlagen ihrem bisherigen Eigentümer, die auf öffentlichem Boden stehenden Anlagen aber dem verleihungsberechtigten Gemeinwesen, zufallen. Wenn die Anlagen auf öffentlichem Boden weiterhin benutzt werden sollen, so hat das Gemeinwesen dem Beliehenen eine billige Entschädigung zu entrichten. Es soll verhindert werden, dass ein Werkeigentümer, um dem Eintritt des Heimfalls zu entgehen, kurz vor dem Eintritt auf die Verleihung verzichtet und so besser dasteht. Dies geschieht durch die Vorschriften des 3. Absatzes des Art. 69 WRG.

§ 15 Zusammenfassung der Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten

Hierunter fassen wir zusammen, was wir bereits an einzelnen Orten erwähnt haben.

Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen, die bei der oft unklaren Trennung der Kompetenzen im Gesetz sehr wohl möglich sind, werden vom Bundesgericht entschieden (Art. 113, Abs. 1 B.V.). Der Schutz, der dadurch den Kantonen geboten wird, ist aber nur ein beschränkter, da das Bundesgericht ja nicht befugt ist, die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen. (Art. 113. 3 B.V.)

Ein weitgehender Schutz wird ihnen bei der Rechtsanwendung geboten. Voraussetzung ist allerdings hier, dass eine Anordnung ergangen ist, die über den Zuständigkeitsbereich des Bundes hinausgeht.¹⁰⁶⁾

Zuständigkeit der Kantone

Gerichte. — Die kantonalen Gerichte entscheiden über Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und andern Nutzungsberechtigten, da es sich hier um ein reines privatrechtliches Verhältnis handelt (Art. 70 W.R.G.; Art. 64 Abs. 3 B.V.). Aber auch Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der kantonalen Verleihungsbehörde über

¹⁰⁵⁾ Geiser C. u. Abbühl, Kommentar, S. 205.

¹⁰⁶⁾ H. Huber, Diss. S. 48 ff. — W. Burckhardt, Kommentar, S. 60 ff.

die gegenseitigen Rechte und Pflichten werden erstinstanzlich von den zuständigen kantonalen Gerichtsbehörden behandelt. Diese Möglichkeit kann allerdings in der Verleihungsurkunde ausgeschlossen worden sein. In diesen Fällen entscheidet das Bundesgericht dann direkt, in ersteren Fällen letztinstanzlich (Art. 71 W.R.G.).

Verwaltung. — Auch eine beschränkte Verwaltungstätigkeit bleibt den Kantonen vorbehalten (Zwangsgenossenschaften) Art. 37 W.R.G. etc.

Zuständigkeit des Bundes

Streitigkeiten, die daraus entstehen, dass einem staatlichen Organ die Kompetenz, eine bestimmte Anordnung in bezug auf Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu erlassen, abgesprochen wird, werden vom Bundesgericht als Staatsgerichtshof beurteilt (Art. 113 B.V.). Darunter fallen nebst dem oben schon erwähnten Kompetenzkonflikt Streitigkeiten zwischen den Kantonen und Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger.

Mehr als ein staatliches Organ haben wir, um die Streitigkeiten, die darüber entstehen, dass die an sich zuständige Behörde angeblicherweise die Vorschriften des W.R.G. nicht richtig ausgelegt oder angewendet hat. Es besteht hier keine feste Regel, ob der Bundesrat oder das Bundesgericht diese Streitigkeiten beurteilt.

Bundesrat. — Es seien hier die wichtigsten Fälle angeführt. Wenn eine kantonale Regierung die Verleihung auf Grund von Art. 11, 1 W.R.G. erteilt, können die Beteiligten an den Bundesrat rekurrieren (Art. 11, 2). Ein weiterer Fall, der hierher gehört, ist der, indem die Verleihungsbehörde der Uebertragung der Verleihung nicht zustimmt (Art. 42, 3 W.R.G.).

Allgemein gilt, dass die Beschwerde an den Bundesrat immer dann ergriffen werden kann, wenn dazu die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu muss ein Entscheid der obersten kantonalen Instanz vorliegen, die Bundesrecht angewandt hat, aber dabei die rechtlich geschützten Interessen eines Beteiligten verletzt. Dabei darf kein anderes Rechtsmittel vorgesehen sein.¹⁰⁷⁾

Der Bundesrat entscheidet in den folgenden Fällen als einzige Instanz:

Streitigkeiten über das Recht zur Entnahme von Wasser für die Speisung von Schiffahrtseinrichtungen (Art. 26, 2 W.R.G.). Streitig-

¹⁰⁷⁾ Isler, S. 105/106.

keiten über den Umfang und über die gemeinschaftliche Ausübung der den Kantonen zustehenden Rechte aus einer vom Bundesrat erteilten Verleihung an einer interkantonalen Gewässerstrecke.

Streitigkeiten über die Berechtigung der Zurückziehung oder Schmälerung einer Verleihung (Art. 43, 3 W.R.G.). Streitigkeiten über die Enteignung eines früher von der Verleihungsbehörde verliehenen Nutzungsrechtes (Art. 46, 2 W.R.G.). Streitigkeiten bei der Festsetzung der vom Bewerber zu erbringenden Leistungen (Art. 48, 3 W.R.G.).

Streitigkeiten über die Erneuerung der Verleihung eines Gemeinwesens (Art. 58, 3 W.R.G.). Streitigkeiten über das Verleihungsverfahren bei interkantonalen Gewässern (Art. 61, 3 WRG). Streitigkeiten über die fernere Benutzung eines heimgefallenen Wasserwerkes auf dem Gebiete mehrerer Kantone.

In erster Instanz entscheidet der Bundesrat —also nicht endgültig— über die vom Beliehenen zu entrichtende Entschädigung für die Einschränkung einzelner Nutzungsrechte (W.R.G. 33, 2) und über die Beiträge der Wasserwerksbesitzer an die von andern errichteten Vorrichtungen (W.R.G. 32, 2). Die erstinstanzliche Entscheidungsbefugnis trifft hier nur für die Fälle zu, in denen der Bund die Konzession erteilt hat. Bei Fällen, die sich rein auf kantonales Gebiet beschränken, entscheidet dies ja die kantonale Instanz.

Die Entscheide des Bundesrates können ans Bundesgericht weitergezogen werden.¹⁰⁸⁾

Der Bundesrat entscheidet ferner bei Wasserrechten an interkantonalen Gewässerstrecken, wenn sich die Kantone über die gemeinschaftliche Ausübung ihrer Rechte aus der Verleihung nicht einigen können (Art. 38, 3 W.R.G.).

Bundesgericht. — Dieses entscheidet nebst den Fällen, die wir bereits erwähnt haben, z. B. auch den Fall, wo die Benutzung der verliehenen Kraft durch öffentliche Bauten beeinträchtigt werden. Hier entscheidet das Bundegericht über das Recht auf Entschädigung und die Höhe derselben. Hat die Behörde wohlerworbene Rechte Dritter auf Grund von Art. 32, 3 eingeschränkt, so kann der Entscheid, der die Höhe der Entschädigung bestimmt, angefochten werden und zwar beim Bundesgericht, wenn der Bundesrat entschieden hat.¹⁰⁹⁾

¹⁰⁸⁾ *Isler*, S. 107.

¹⁰⁹⁾ Reglement für das Bundesgericht, 26. Nov. 1928, Art. 3.

Die Kompetenzabgrenzung in Bezug auf die Fischerei und Jagd

I. Abschnitt

§ 16 Die Kompetenzabgrenzung durch Art. 25 B. V.

Wie uns die vorausgehenden Abschnitte über Jagd- und Fischereiregal gezeigt haben, waren viele Kantone auf die Dauer nicht in der Lage, durch geeignete Massnahmen Wild- und Fischbestände vor dem Aussterben zu retten. Erlass und Handhabung der betreffenden Gesetze erfolgte je nach dem Kanton mit mehr oder weniger Ernsthaftigkeit. Immerhin konnten einige Kantone recht schöne Erfolge erzielen.

Gerade bei der Jagd und der Fischerei muss ein Gesetz aber für ein möglichst grosses Gebiet gelten, damit man auf einen nennenswerten Erfolg hoffen darf. Wenn uns diese Behauptung auch eher für die Fischerei und den Vogelschutz zuzutreffen scheint, so gilt sie sicher auch für die Jagd. Einige Beispiele mögen uns dies klarer vor Augen führen. Nehmen wir den Fall an, dass in einem kleinen Kanton, wie wir ja viele haben, eine Wildart geschützt wird, die im angrenzenden Kanton nicht geschont wird. Zu unserer Betrachtung müssen wir wissen, dass das Wild wechselt und bei dieser Wanderung nimmt es natürlich keine Rücksicht auf Kantons-grenzen. Der Erfolg, der durch die kantonale Gesetzgebung erzielt werden kann, ist daher immer nur ein relativer. Bei den Fischen und den Vögeln handelt es sich nun noch um viel grössere Strecken, die sie auf ihren Wanderungen zurücklegen. Es kann daher hier sogar behauptet werden, dass eine internationale Regelung der einzige zum Ziele führende Weg sei. Immerhin wurde durch die Ausdehnung einer einheitlichen Grundsatzgesetzgebung auf das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft schon sehr viel gewonnen. Daneben kam es auch zu vielen Abschlüssen von Verträgen.

Eine einheitliche Gesetzgebung konnte aber nicht durch den Abschluss von Konkordaten erreicht werden.¹⁾ Die Einsicht wuchs, dass dies durch den Bund selbst zu geschehen habe. Aus diesen Erwägungen heraus wurde der Art. 25 B. V. geschaffen, der die ins-

¹⁾ Hämmerli, a. a. O. S. 69.

künftige Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton festlegte. Er bestimmt:

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei und Jagd, namentlich zur Erhaltung des Hochwildes, sowie zum Schutze der für die Landwirtschaft nützlichen Vögel zu treffen.»

Diese Form erhielt der Artikel erst nach längeren Beratungen. Zuerst sollten sich die Schutzmassnahmen nur auf das Hochwild im Gebirge beschränken. Schliesslich war es der Nationalrat, der dem Artikel diese Form gab.²⁾ Es wurde bereits damals anlässlich eines Streichungsantrages festgestellt, dass der Artikel nicht den Sinn habe, dass der Bund sich in Einzelheiten einlasse. Er werde sich darauf beschränken, in allgemeinen Zügen festzustellen, inwieweit die Jagd und Fischerei dem Bürger erlaubt sein solle. Der Bund habe sich in der Hauptsache mit seinen Bestimmungen auf den Schutz des Wildes zu beschränken (Schonzeiten, Jagdmittel etc.).³⁾

Diese Feststellung muss uns bei der Auslegung des Artikels helfen, wenn wir versuchen wollen, welche Kompetenzen dem Bunde durch ihn zugedacht sind und welche der Bund in seinem Gesetze wirklich beansprucht hat. Diese zu erlassenden Rechtssätze sind in der Hauptsache Regeln des Polizeirechtes. Ueber den Umfang dieser Jagd- und Fischereipolizei schreibt Burckhardt: «Sie umfasst die Regelung des Rechtes zu jagen und zu fischen: 1. in bezug auf den Titel dieses Rechtes, als Ausfluss des Grundeigentums oder als vom Staat durch Polizeierlaubnis oder Verpachtung verleihbares Recht; 2. in bezug auf die Art der Ausübung dieses Rechtes und die Bestimmung des Wildes und der Fischarten, die gejagt und gefangen werden dürfen. — Das erste ist grundsätzlich Sache der Kantone, das zweite Sache des Bundes.»⁴⁾

Jedoch ist auch das erstere nicht absolut bedeutungslos für die Erhaltung des Wildes oder der Fische. Sind viele Jäger vorhanden, so ist das Wild gefährdeter, als wenn wenige da sind. Sind Pachtjäger (resp. Pachtfischer) da, die selbst ein Interesse an der Erhaltung des Wildbestandes (resp. Fischbestandes) haben, so fördert dies an und für sich schon die Schutzbestimmungen. Alle diese Ge-

²⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., Art. 25.

³⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., Art. 25.

⁴⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., Art. 25.

biete des Jagd- und Fischereirechtes, die zum Teil dem Bunde, zum Teil den Kantonen zugedacht sind, greifen in den meisten Fällen ineinander über und sind schwer zu trennen. Aus dem Verfassungsartikel allein kann daher nicht in absolut klarer und überzeugender Weise gefolgert werden, dass die Festsetzung des Jagd- bzw. Fischereisystems einzig den Kantonen zustehe.⁵⁾ Im Gegenteil neige ich dazu, diese Frage so zu beantworten: Sollte der Bund unerwarteterweise nicht imstande sein, die ihm zugedachten Aufgaben betreffend Schutz des Wildes und der Fischerei zu erfüllen, so steht ihm als letztes Mittel auch diese Kompetenz. Bestimmungen über das Jagdsystem zu erlassen, zu. Dies trifft aber erst zu, wenn er zuvor alle schwächern, die Kompetenz der Kantone weniger einschränkenden Mittel versucht hat. In der Praxis dürfte dieser Fall aller Voraussicht nach gar nie eintreffen. Wenn auch in dieser Beziehung Meinungsverschiedenheiten möglich sind, so herrschen bezüglich der restlichen Bestimmungen des Artikels keine Unklarheiten. Es ist unbestritten, dass die Kantone durch die Bundesgesetzgebung nicht um ihre finanziellen Erträge oder indirekt um ihr Regal gebracht werden sollen. Wie erwähnt, bleibt bei der ganzen Gesetzgebung der Schutz des Wildes und der Fischerei und die Rücksichtnahme auf die Kompetenzen der Kantone, wie dies auch bei der Nutzbarmachung der Wasserkräfte gleich war, massgebend.⁶⁾

Versuche, ein eidgenössisches Jagdregal einzuführen, wurden zwar unternommen, hatten aber wenig Erfolg.⁷⁾ Mit dem geltenden Bundesgesetze hat sich der Bund ganz im Rahmen seiner Kompetenzen gehalten und gebührende Rücksichtnahme auf die Kantone walten lassen. Die Bundesgesetze sind Rahmengesetze. Der Bund hat in ihnen nur Mindestanforderungen aufgestellt, denen unter allen Umständen nachgekommen werden muss. Daneben sind die

5) *Burckhardt*, Kommentar B.V., Art. 25: «Wenn es aber die Erhaltung des Wildes erheischt, ist m. E. der Bund auch kompetent, in die Organisation der Jagdberechtigung einzugreifen, in welchem Falle er allerdings auch jenen Interessen (Kantone) Rechnung tragen soll.»

6) Auch *Hämmerli*, a. a. O. S. 70.

7) *Salis-Burckhardt*, Bundesrecht Nr. 2923, 1917, regte das Bundesamt für Sozialversicherung durch Formulierung einer Volksinitiative die Einführung eines eidg. Jagdregals an; der Plan soll der schweizerischen Sozialversicherung neue Geldmittel zuführen. Die nationalrätliche Geschäftsprüfungskommission hielt das Unternehmen für aussichtslos. Ebenso die dem Konkordat schweizerischer Krankenkassen angeschlossenen Kassen.

Kantone, wie wir noch sehen werden, berechtigt, strengere Bestimmungen aufzustellen. Diese bedürfen dann allerdings der Genehmigung der Bundesbehörde.

Aus diesen Tatsachen heraus können wir für das heute geltende Recht doch behaupten, dass der Bund bestimmen darf, wie gejagt oder gefischt wird, wobei wie erwähnt auf diesem Gebiet sekundäre Aufgaben an die Kantone delegiert werden können (Liste der nicht jagdbaren Tiere ausdehnen etc.). Die Kantone ihrerseits bestimmen, wer jagen bzw. fischen darf und was für ein Jagd- bzw. Fischsystem in ihrem Gebiet Geltung haben soll. In einzelnen Kantonen wurde dieses Recht an die Gemeinden delegiert (z. B. Basel-land).

II. Abschnitt

§ 17 Die Kompetenzabgrenzung im Fischereigesetz

Die Kompetenz zur Fischereigesetzgebung findet, wie wir gesehen haben, ihre verfassungsmässige Grundlage in Art. 25 B.V. Der Bund hat 1875 zum ersten Mal von dieser ihm zustehenden Kompetenz Gebrauch gemacht, indem er damals sein erstes Bundesgesetz über die Fischerei erliess.⁸⁾ Dass sich der Bund dabei bloss auf das Allernotwendigste beschränkte, geht schon aus dem Umfang des Gesetzes hervor, das bloss 16 Artikel zählt.

Vorgängig diesem Gesetze hatte der Bund mit Baden eine Uebereinkunft über Anwendung gleichartiger Bestimmungen für die Fischerei im Rhein und seinen Zuflüssen einschliesslich des Bodensees abgeschlossen. Die Abmachungen dieser Uebereinkunft bildeten aber die Grundlage für das zu entwerfende Gesetz und wir müssen aus diesem Grunde kurz auf ihren wesentlichen Inhalt eingehen. In der Botschaft des Bundesrates, in der er den Räten diese Abkommen zur Ratifizierung empfiehlt,⁹⁾ gibt er in ausführlicher Weise über die Gründe, die das Abkommen wünschbar machen, Auskunft. Er zählt die natürlichen Gefahren auf, die die Entwicklung des Fischbestandes hemmen. Diesen habe aber die Natur durch die ungeheure Fortpflanzungsfähigkeit der Fische entgegengewirkt.

⁸⁾ B.G. über die Fischerei, 25. Aug. 1875.

⁹⁾ Botschaft des Bundesrates, 11. Dez. 1869.

Dies gelte aber nicht für die Gefahren, die dem Fisch durch den Menschen erwachsen seien. Aber vor allem werde die Ausbeutung durch Muschenhand immer schonungsloser. Dadurch nähmen die Fischbestände rasch ab, was ihre Preise und damit ihre Nachfrage nur vergrößere.

Die Botschaft fährt dann wörtlich fort: «Die Gesetzgebung schenkte diesem Zustand lange Zeit keine Aufmerksamkeit. Kaum, dass einzelne Vorschriften erlassen wurden, welche den Fang des kleinen wertlosen Nachwuchses verhindern sollten. Erst in neuerer Zeit ist man aufmerksam geworden, dass mit besserer Fürsorge für die Erhaltung der Fischbestände ein bedeutendes, volkswirtschaftliches Kapital gewonnen würde. Man überzeugte sich, dass mit wenigen Vorschriften die Produktion der Gewässer ansehnlich gehoben und mit den kleinen Opfern eine sehr beachtenswerte Steigerung des Fischereierwerbs erzielt werden könnte. Einzelne Staaten widmeten dem Gegenstand gesetzgeberische Aufmerksamkeit: Man untersagte, den Gewässern schädliche Stoffe zuzuleiten, man trachtete dem Fisch während der Laichzeit Schutz zu geben. An verschiedenen Orten traf man Fürsorge, durch künstliche Fischzucht wenigstens teilweise den Ausfall zu ersetzen, welcher durch nicht zu besitzigende Störungen entsteht.»¹⁰⁾

Alle diese Bestrebungen können aber nur zum Ziel führen, wenn sie auf einem möglichst grossen Gebiet, resp. für einen möglichst grossen Teil der Gewässer Anwendung finden. Dies zu verwirklichen war aber das Ziel dieses Abkommens, das wiederum nur einen Baustein bildete für das später zu verwirklichende weiter umfassende Abkommen von Mannheim, das alle interessierten Rheinstaaten umfassen sollte.

Diese gleichen Ziele lagen dem Entwurf zum ersten Bundesgesetz zugrunde.

Die folgenden Zeilen mögen uns zeigen, mit welchen Bestimmungen der Bund in seinem ersten Gesetz seine Ziele zu erreichen trachtete. Er anerkennt voll und ganz, dass das Fischereiregal den Kantonen zusteht. Art. 1 sagt dies in den folgenden Worten: «Die Verleihung oder Anerkennung des Rechts zum Fischfang steht den Kantonen zu. Für die Ausübung desselben sind die nachstehenden Bestimmungen massgebend.»

¹⁰⁾ B.Bl. 1875, IV S. 154 ff.

Es folgen dann Vorschriften über die Grösse der erlaubten Netze, ferner werden gewisse Mittel wie Fallen, Sprengstoffe etc. ganz verboten. Wir finden aber auch schon Normen gegen die Schädigungen der Fischerei durch andere Nutzniesser der Gewässer. (Anbringen von Gittern bei Wasserwerken etc.) Es folgen Schutzbestimmungen zugunsten der noch nicht ausgewachsenen Fische, Bestimmungen über die Festsetzung von Schonzeiten, während derer sowohl das Fangen wie auch das Feilbieten und Verkaufen bestimmter Fischarten verboten ist. Dies gilt aber auch für Krebse. Und schliesslich wurde auch ein Verbot dahin erlassen, dass in Fischgewässer keine den Fischen schädliche Fabrikabgänge abgeleitet werden dürfen.

Nebst diesen Schutzbestimmungen finden wir aber auch schon solche, die den positiven Zweck haben, die Fische zu hegen durch Errichtung oder wenigstens Finanzierung von Fischzuchtanstalten. Alle diese Bestimmungen hätten wenig Zweck, wenn ihnen die Sanktion fehlen würde. Das Gesetz hat daher auch eigene Strafnormen.¹¹⁾

Zusammenfassend dürfen wir feststellen, dass sich der Bund wirklich darauf beschränkt hat, Schutzbestimmungen zu erlassen. Wo das Gesetz richtig und streng gehandhabt wurde, blieben denn auch die positiven Ergebnisse nicht aus. Dies aber war nicht überall der Fall. Ein weiterer Grund, dass eine Revision des Fischereigesetzes wünschenswert wurde, bildete der Umstand, dass damals, als man das erste Gesetz erliess, die Fischereiverhältnisse in der Schweiz eben doch noch wenig bekannt waren, und man noch wenig Erfahrungen in diesem Gebiet gesammelt hatte. Dies nachzuholen, hatte man inzwischen Gelegenheit gehabt. Daneben drängten auch die immer zahlreicher erbauten Wasserwerke, die zunehmende Verunreinigung der Gewässer mit Abfallstoffen chemischer und anderer Fabriken und andere Gründe zu einer neuen Betrachtung der Verhältnisse. All diesen Uebelständen sollte durch eine verschärfte Fischereipolizeigesetzgebung begegnet werden. Der Bundesrat fasste diese Absicht in folgende Worte: «Zur Erreichung dieses Zweckes ist nach Ansicht aller einsichtigen Fischer, von Fischereivereinen, Sachverständigen und Fischereibehörden eine Revision des Bundesgesetzes über die Fischerei unumgänglich notwendig und

¹¹⁾ B.G., Entwurf und Botschaft des Bundesrates, B.Bl. 1875, Bd. IV S. 149 f.

dies hauptsächlich im Sinne einer Verschärfung der Fischereipolizei durch Ausdehnung der Schonbestimmungen und der Mindestmasse auf weitere wertvolle Fischarten, durch Verbot der Anwendung einer Anzahl älterer im Gesetz nicht benannter und einiger neu eingeführter, dem Fischbestande zu verderblicher Fanggeräte, ferner durch Verpflichtung der Kantone zum Abschluss von Fischereikonkordaten über gleichmässige Regelung der Fischerei in interkantonalen Gewässern, zur Anstellung von Fischereiaufscheidern.»¹²⁾

Wenn wir das heute geltende Fischereigesetz studieren, so müssen wir immerhin festhalten, dass dieses aus dem Jahre 1888 stammt.¹³⁾ Es lässt deshalb, wenn wir es mit neuen Gesetzen vergleichen, an Uebersicht und Systematik sehr zu wünschen übrig. Es fehlt eine Unterteilung in einzelne Abschnitte. Die Art., die eigentlich zusammengehören würden, finden wir zum Teil im ganzen Gesetz zerstreut. Wir können daher für unsere Betrachtungen nicht dem Gesetz folgen, sondern müssen selbst die einzelnen Gebiete zusammenfassen, um sie dann einzeln zu behandeln.¹⁴⁾

A. Geltungsbereich des Gesetzes

I. Bund — Kanton

Die Kompetenzabgrenzung ist die gleiche, wie sie schon im alten Gesetz festgelegt worden ist. Es steht also weiterhin den Kantonen zu, zu bestimmen, wer fischen darf (Art. 1 B.G.). Sie können aber auch bestimmen, was für ein Fischereisystem (Pacht oder Patent) im Kanton vorherrschen soll oder ob sie gar beide oder ein Drittes gelten lassen wollen. Dem Bunde steht es anderseits zu, festzusetzen, durch was für geeignete Massnahmen bezüglich der Ausübung der Fischerei die bestrebte Hebung des Fischbestandes erreicht werden kann. Es steht ihm in dieser Beziehung die überwiegende Kompetenz zu, obwohl er einen Teil dieser Aufgabe an die Kantone delegieren kann, die danach mit seiner Bewilligung noch schärfere Schutzmassnahmen treffen dürfen (Art. 27 B.G.).

¹²⁾ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines B.G. über die Fischerei, in Revidierung desjenigen vom 18. Sept. 1875, B.Bl. 1887, III S. 363 ff.

¹³⁾ B.G. betr. die Fischerei vom 21. Dez. 1888.

¹⁴⁾ Ich benütze dazu auch eine Uebersicht, die mir in freundlichster Weise von Herrn Ing. *Mathey-Doret*, eidg. Fischinspektor, zur Verfügung gestellt wurde.

II. Oeffentliche und private Fischgewässer

Das Gesetz umschreibt hier den Geltungsbereich nur negativ. Wir fassen positiv zusammen: Das Gesetz gilt sowohl für die öffentlichen wie für die privaten Fischgewässer. Als Ausnahme fallen einzig künstlich angelegte private Gewässer, die keine Verbindung mit öffentlichen Gewässern aufweisen, in Betracht (Art. 23 BG). Auf diese finden nur die Vorschriften der Schonzeit und der Mindestmasse Anwendung.

III. Interkantonale und internationale Gewässer

a) Interkantonale Gewässer

Die Kantone sind verpflichtet, sich über den Fischfang in Gewässern, die im Gebiet mehrerer Kantone liegen, untereinander zu einigen. Sollte dies in bestimmten Punkten nicht gelingen, so fällt der Entscheid dem Bundesrat zu. Diesem bleibt überhaupt die Genehmigung dieser Abkommen vorbehalten (Art. 24 B.G.).¹⁵⁾

b) Internationale oder Grenzgewässer

Um besonderen Verhältnissen gerecht werden zu können, ist dem Bundesrat die Kompetenz erteilt worden, über die Fischerei in Grenzgewässern mit den Nachbarnationen Konventionen abzuschliessen. In diesen sollen die Bestimmungen dieses Gesetzes soweit als möglich Anwendung finden. Es ist eine ganze Anzahl solcher Verträge abgeschlossen worden.¹⁶⁾ Eine besondere Ermächtigung ist dem Bundesrat ferner für die Fälle erteilt, in denen es nicht gelingt, solche Konventionen abzuschliessen. Es wäre unter solchen Umständen eventuell für schweizerische Fischer eine ungerechtfertigte Härte, wenn sie zusehen müssten, wie die ausländischen Fischer mit Geräten etc. fischen, die ihnen zu gebrauchen nicht erlaubt wären. In solchen Fällen steht es dem Bundesrat zu, die Anwendung einzelner Bestimmungen dieses Gesetzes zu suspendieren. (Art. 30 BG.)

¹⁵⁾ Beispiele solcher Gewässer, für die Uebereinkommen getroffen wurden: Neuenburgersee (Neuenburg, Waadt, Freiburg), Vierwaldstättersee (Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden), Zihl (Bern, Neuenburg), Aare (Aargau, Solothurn) etc. etc.

¹⁶⁾ Z. B. Konvention Schweiz-Frankreich 1924 bezüglich Genfersee, von Frankreich nicht ratifiziert. Staatsvertrag Schweiz-Deutschland-Niederlande über Lachsfischerei im Rhein, 30. Juni 1885, etc.

B. Bestimmungen gegen übermässige Befischung der Gewässer

I. Verbot gewisser Fanggeräte und Fangweisen

Um zu einem wirksamen Schutz und damit zu einer beachtlichen Hebung des Fischbestandes zu kommen, war man gezwungen, gewisse allzu ausbeuterische Methoden des Fischfanges teilweise oder sogar ganz zu verbieten. Verboten wurden z. B. Einrichtungen wie Fischwehren, Sperrnetze und Fache, die mehr als die Hälfte des Flusses absperren. (Art. 2₁.) Für die Netze werden bestimmte Maschenweiten vorgeschrieben. (Art. 4.) Ausnahmsweise kann der Bundesrat den Kantonen die Erlaubnis erteilen, Netze mit kleineren Maschen für den Fang kleinerer Fischarten zuzulassen. (Art. 4₃.) Ganz verboten wird die Anwendung betäubender, explodierender oder anderer schädlicher Stoffe. Auch das Sammeln und der Verkauf der auf diese Weise gewonnenen Fische ist verboten. Fallen, Harpunen, Schiesswaffen etc. fallen ebenfalls unter dieses Verbot. Die Neuanlegung von Selbstfängen wurde unterbunden und die bereits bestehenden müssen Oeffnungen aufweisen. Spezielle Arten der Benutzung von Treibnetzen, die Anwendung besonderer Geräte wie Mückenbretter und Jucksehnur fallen ebenfalls in diese Kategorie, sowie das Trockenlegen von Wasserläufen zum Zwecke des Fischfanges. (Art. 5.) Schliesslich werden für den Lachsfang im Rhein besondere Vorschriften aufgestellt.

II. Zeitliche Einschränkungen

Viel Erfolg versprach man sich mit Recht, wie bei der Jagd, von der Masnahme, die Fischerei für eine bestimmte Dauer des Jahres zu sperren. Zu diesem Zweck wurden die Schonzeiten in das Gesetz aufgenommen. Sollten diese Vorschriften aber ihre volle Nützlichkeit erweisen, so durften sie nicht in Form eng gehaltener Paragraphen ins Gesetz aufgenommen werden. Hauptzweck dieser Schonzeiten ist ja, die Fische während der Laichzeiten zu schützen, dies im Gegensatz zu früher, wo sie zu dieser Zeit erst recht verfolgt wurden, da sie dann an besonders zugängliche Stellen kamen.¹⁷⁾

¹⁷⁾ Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des Fischereigesetzes. B.Bl., 1875, IV S. 153.

Die Laichzeit kann nicht für die ganze Schweiz einheitlich festgelegt werden. Also wurde im Gesetz eine feste Schonzeit angegeben, aber anderseits die Möglichkeit vorgesehen, dass die Kantonsregierungen um eine Verlegung der Schonzeit, die aber selbst nicht abgekürzt werden darf, nachsuchen können. Die Dauer der Schonzeiten selbst variiert je nach den Fischarten. (Art. 9, 10, 11.)

Die Einführung von Schonzeiten erstreckt sich nicht allein auf Fische. Auch für die Krebse ist eine solche vorgesehen. Deren Fang, Kauf, Verkauf und Verabreichung in Wirtschaften ist für eine Dauer von 9 Monaten verboten. (Art. 20.) Ein solches Kaufs-, Verkaufs- und Angebotsverbot wurde auch für die Fische im Gesetz aufgenommen. (Art. 13.) Immerhin sind Ausnahmen vorgesehen für dieses Verbot. Wenn Fischgewässer zeitweise eingehen, das Wasser in Teichen oder Bächen abgelassen wird, so kann ein Verkauf unter geeigneter Kontrolle durch die kantonale Behörde bewilligt werden. (Art. 14.) Ferner fallen Felchen, Saiblinge und Agoni nicht unter dieses Verbot. Die Botschaft begründet diese Ausnahme mit folgenden Worten: «Für diese wurde aus zwei Gründen kein Verkaufsverbot in das Gesetz aufgenommen. Fürs erste deshalb nicht, weil diese Fische, wie gesagt, namentlich die Felchen, zu sehr verschiedenen Zeiten laichen, so dass eine Kontrolle des Versandes etc. gar nicht durchführbar wäre. Es ist ein solches Verbot aber auch bezüglich der Saiblinge und Felchen gar nicht notwendig, weil diese Fische nur zur Laichzeit aus den bedeutenden Seetiefen, in welchen sie leben, emporsteigen und nach derselben wieder dahin zurückkehren. In diesen Tiefen ist ihr Fang ein sehr schwieriger und meist wenig erträglicher, weshalb er auch nur ausnahmsweise stattfindet.»¹⁸⁾

Für den Tatbestand, bei dem anlässlich des Fangs erlaubter Fische auch solche, für die gerade die Schonzeit gilt, mitgefangen werden, wird bestimmt, dass die letzteren sofort wieder ins Wasser zu setzen seien. Diese Bestimmung gilt aber nicht nur für die mit Netzen gefangenen Fische, wie der Wortlaut des Gesetzes «gefangenen» vermuten lassen könnte. Sie erstreckt sich auf jede Art der Fischerei.¹⁹⁾

¹⁸⁾ Botschaft zum Entwurf B.G. 1875, B.Bl. 1875, IV S. 153 f.; B.Bl. 1887, III S. 367 f.

¹⁹⁾ S.J.Z., Bd. 2 S. 11.

III. Oertliche Einschränkungen

Es sind hier einmal die Vorschriften für ständige Fischereieinrichtungen und den Gebrauch mehrerer Treibnetze zu nennen, wonach diese, wenn sie gleichzeitig auf der entgegengesetzten oder auf der gleichen Uferseite verwendet werden, nur in bestimmten Abständen angebracht werden dürfen. Für die Treibnetze gelten ähnliche Regeln über die Abstände.

Vor allem aber zählt hierher das Verbot des Fischfangs an Einmündungen von Flüssen in einen See. (Art. 3.) Die Grenzen des geschonten Gebietes werden durch die Kantone festgesetzt, benötigen aber der Zustimmung durch den Bundesrat.

IV. Mindestmass für den Fang von Fischen

Für den Fang und den Verkauf der Fische sind gewisse Mindestmasse vorgeschrieben, die natürlich je nach der Fischart verschieden festgesetzt worden sind. Diese gleiche Vorschrift wurde auch auf die Krebse angewandt. (Art. 19 und 20₂.)

C. Bestimmungen gegen Schädigung der Fischerei durch andere Nutzniesser der Gewässer

Bis jetzt haben wir eigentlich mehr Massnahmen besprochen, die die Hebung des Fischbestandes durch Bestimmungen, die die Fischer selbst in irgendeiner Weise einschränkten, anzustreben versuchten. Das Gesetz beschränkt sich aber nicht darauf. Es sieht vor, wie wir dies schon bei den Betrachtungen über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte erkannt haben, dass die verschiedenen Interessenten eines Wasserlaufes auf sich Rücksicht zu nehmen haben. Dieses Ziel verfolgen die nun zu besprechenden Normen.

a) Reinigung und Trockenlegung von Wasserläufen

Während der Schonzeit und zwei Monate darüber hinaus ist es verboten, in Forellengewässern eine Reinigung des Bachbettes vorzunehmen. (Art. 18.) Ähnlich ist die Vorschrift, wonach die Nutzniesser oder die Behörden bei beabsichtigter Trockenlegung von Wasserläufen die Fischereiberechtigten rechtzeitig davon zu benachrichtigen haben. (Art. 5, 7.)

b) Wasserbau

Das Gesetz postuliert eine Pflicht der Wasserwerkbesitzer, die nötigen Vorrichtungen zu erstellen, um zu verhindern, dass die Fische in die Triebwerke gelangen, sowie Durchgänge für die Fische offen zu halten. Es können dies natürliche sein, andernfalls sind künstliche zu erstellen (Fischtreppe etc.). Bei besonderer Gefährdung des Fischbestandes sind durch sie auch Refugien zu errichten. (Art. 6.) Alle diese Massnahmen können aber für die Werkbesitzer mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden sein. In solchen Fällen kann der Bundesrat entscheiden, ob sie anzubringen sind oder nicht. (Art. 7.) Wird diese Pflicht verneint, so entbindet dies den Werkbesitzer nicht unbedingt, nämlich dann nicht, wenn das gleiche Ziel, Wahrung oder Hebung des Fischbestandes, durch andere zweckmässige Massnahmen erreicht werden kann.²⁰⁾ Eine solche liegt gewiss vor, wenn der Werkbesitzer z. B. dazu verpflichtet wird, jährlich Jungfische in das durch seine Bauten geschädigte Gewässer einzusetzen.²¹⁾ Eine andere gleichartige Vorschrift ist diejenige, dass zwischen Flüssen und Altwässern eine Verbindung offenzuhalten oder herzustellen ist, um den Fischen, die ins Altwasser geraten sind, zu ermöglichen, wieder in die Flüsse zu gelangen. (Art. 8.)

c) Holzflösserei

In Gewässern, in denen die Holzstücke wegen ungenügender Wassermenge nicht mehr frei treiben können, ist es während der Dauer der Schonzeit verboten, Holz zu flössen. (Art. 17.)

d) Verunreinigung der Gewässer

Die nun wohl bedeutungsvollste und gleichzeitig interessanteste Bestimmung dieser Art finden wir in Art. 21 des Gesetzes. Sie ist auch die, die am meisten Anlässe zu Konflikten gibt. Es ist dies die Bestimmung, wonach in Fischgewässern keine den Fischen schädliche Fabrikabgänge oder andere ähnliche Stoffe gelangen dürfen. Da wir aber beabsichtigen, dieser wichtigen Frage in den Schlussbetrachtungen einen besonderen Abschnitt zu widmen, halte ich es für besser, die ganze Frage dort im Zusammenhang zu behandeln, obwohl systematischerweise ein Teil hierher gehören würde.

²⁰⁾ Art. 23 B.G. über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

²¹⁾ *Burckhardt*, Bundesrecht, Bd. III Nr. 1129.

*D. Massnahmen
zur Förderung der Fischerei und Fischzucht*

I. Die künstliche Fischzucht

Der Bundesgesetzgeber hat zur Erreichung seines Zieles nicht nur Verbote und Gebote erlassen, er hat auch positive Aufgaben ins Auge gefasst. Ich denke dabei an seine Normen über die Fischzucht. Es wird dies sicher eines der besten Mittel sein, den Fischbestand in unserem Lande trotz all der erwähnten Gefahren, die ihm drohen, doch auf einer angemessenen Höhe zu erhalten. Wie sich der Bund auf diesem Gebiet sein Wirken vorstellt, erläutert uns Art. 29 des Gesetzes. «Der Bund unterstützt Bestrebungen zur Hebung des Fischbestandes und Krebsbestandes.» Zahlreiche im ganzen Gesetz verstreute Bestimmungen stellen Ausnahmen für den verbotenen Fang während der Schonzeit, für das Verbot kleinerer Netze etc. auf, wenn damit Fische für die Zuchtanstalten gefangen werden. (Art. 4, 2—12—132—19²).

II. Bekämpfung fischereischädlicher Tiere

In Art. 22 und 29 sind die Massnahmen, die gegen das Ueberhandnehmen fischereischädlicher Tiere ergriffen werden sollen, angeführt. Diese Bestimmungen haben heute weitgehend ihre Bedeutung verloren, da sie den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Jagd- und Vogelschutz zum grössten Teil widersprechen und somit wegfallen. Wirksam bleiben nur diejenigen, die in keinem solchen Widerspruch zum Jagdgesetz stehen.

III. Schutz wertvoller ausländischer Fischarten

Wenn wertvolle ausländische Fischarten in den schweizerischen Gewässern ausgesetzt werden, so kann der Bundesrat zu ihrem Schutz besondere Bestimmungen erlassen. (Art. 26.)

**IV. Ermächtigung des Bundesrates
zum Erlass besonderer Schonbestimmungen**

Wenn sich alle die im Gesetz vorgesehenen Schutzmassnahmen als ungenügend erweisen sollten, kann der Bundesrat die Schonzeiten für einzelne Gewässer verlängern oder die Bildung von

Schonrevieren verlangen. Es steht ihm auch zu, den Gebrauch einzelner Fanggeräte zeitweise zu verbieten. (Art. 28.)

V. Fischereiaufsicht

Den Kantonen liegt die Pflicht ob, sei dies allein oder mit anderen Kantonen zusammen, Fischereiaufseher anzustellen, die zumindest die wichtigeren Fischgewässer zu überwachen haben und die Kontrolle der Fischzuchtanstalten und die Gewinnung des Brutmaterials auszuüben haben.

Für die Grenzgewässer kann der Bundesrat anordnen, dass die eidg. Grenzwächter bei dieser Kontrolle mithelfen. (Art. 25.)

VI. Bundesbeiträge

Am erfolgreichsten wird der Bund seine Bestrebungen wohl immer dort durchsetzen können, wo er nicht nur Gesetze aufstellt, sondern wo er auch mit finanziellen Mitteln hilft, die im Gesetz geforderten Massnahmen auszuführen. Es ist dies nun einmal eine Tatsache, die nicht zu bestreiten ist. Daher ist dieses Mittel auch im Fischereigesetz vorgesehen. Der Bund unterstützt Bestrebungen zur Hebung des Fisch- und Krebsbestandes, insbesondere der künstlichen Fischzucht, die Errichtung von Fischwegen und Refugien. Er beteiligt sich ferner zur Hälfte an den Kosten, die den Kantonen durch die Anstellung von Fischereiaufsehern erwachsen. (Art. 29.)

E. Strafbestimmungen

Am Schluss des Gesetzes finden wir die Sanktion aller Vorschriften des Gesetzes. Für hier nicht behandelte Fragen findet der allgemeine Teil des Schweiz. Strafgesetzbuches Anwendung. Gerade an strengen Strafen mangelte es dem ersten Gesetz.²²⁾ Um der Fischfrevelei wirksam entgegenzuwirken, müssen strenge Strafen aufgestellt werden. Solche finden wir nun mit wenigen Ausnahmen im geltenden Gesetz. Für weniger schwere Tatbestände finden wir Bussen von 5—400 Fr. (Art. 31, 1.). Im Gegensatz dazu finden wir z. B. für den Tatbestand des Art. 5, 1 (Anwendung von Spreng-

²²⁾ Botschaft des Bundesrates B.G. über die Fischerei, 1887; B.Bl. 1887, III S. 363 ff.

stoffen etc.) Bussen von 100—1000 Fr. vorgesehen. Die Bussen werden nach kantonalem Prozessverfahren erkannt und eingezogen. Der Bund gibt hier einige wenige Wegleitungen. So bestimmt das Gesetz, dass im Wiederholungsfall die Busse zu verdoppeln sei. (Art. 32, 1.)²³⁾ Mit der Verhängung der Busse kann der Entzug der Fischereiberechtigung auf bestimmte Zeit verbunden sein.²⁴⁾ Beim zweiten Rückfall hat dieser Entzug auf 2—5 Jahre zu erfolgen. (Art. 32, 2.)²⁴⁾ Schliesslich finden wir noch Vorschriften über den Entzug der im Gesetz verbotenen Geräte, über die Umwandlung der Busse in Haft und als Lockvogel die Bestimmung, dass der Anzeiger einen Drittel des Betrages der Busse erhält.

Kantonale Gesetzgebung, Vollzug der bundesgesetzlichen Bestimmungen, Bewirtschaftung der Fischgewässer durch die Kantone

Es fällt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, wie dies auch bei der Nutzbarmachung der Gewässer der Fall war und bei der Besprechung der Jagdgesetzgebung der Fall sein wird, auf die einzelnen kantonalen Gesetze oder das interkantonale Recht für die Grenzgewässer einzugehen.

Damit können wir auch nicht auf die Bestimmungen der Bewirtschaftung der Fischereigewässer eintreten, die gemäss Art. 664 Z.G.B. und Art. 1 dieses Gesetzes den Kantonen vorbehalten sind. Ausserhalb unserer Betrachtungen fällt auch das Verhältnis kantonales Regal und private Fischereigerechtigkeiten, sowie die an einzelnen Seen bestehenden Angelrechte.

²³⁾ S.J.Z., Bd. 4 S. 253. — Die Verdoppelung der zuletzt ausgesprochenen Busse, nicht der in Casu nach den Verumständen des Falles an sich verwirkten Busse.

²⁴⁾ *Burckhardt*, Bundesrecht, III Nr. 1126. Das Justizdepartement des Kantons St. Gallen warf im Sommer 1913 die Frage auf, ob gegen einen Fischer, dem die Berechtigung zum Fischen auf Grund des Art. 32. 2 des Bundesgesetzes entzogen worden sei, eingeschritten werden könne, wenn er die Fischerei durch Strohmänner auf seine Rechnung und mit seinen Geräten ausüben lasse. Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement bemerkte, dass die eidg. Fischereierlasse das Recht zum Fischen nicht umschreiben, dass die Frage daher nach kantonalem Recht und durch den Richter entschieden werden müsse.

§ 18 Kritik und Ausblick

I. Wirkung des Gesetzes

Das BG über die Fischerei hat heute das beachtliche Alter von 60 Jahren. Es ist daher gerechtfertigt, die Frage zu stellen, ob es den Anforderungen, die an es gestellt werden, noch zu genügen vermag. Dies trifft nun in der Regel zu.²⁵⁾ Die Fortschritte, die die Wissenschaft und Technik gebracht haben, mögen einige Vorschriften als veraltet erscheinen lassen. Wenn wir sie aber dem Sinn und nicht dem Buchstaben nach auslegen, so werden sie auch den heutigen Erfordernissen noch genügen.

Einer fortschrittlichen kantonalen Gesetzgebung gegenüber kann dieses Gesetz auf jeden Fall kein Hindernis darstellen, da es ja in kluger Weise in Art. 27 die Möglichkeit vorgesehen hat, dass die Kantone strengere Massnahmen zum Schutze und zur Hebung der Fischerei und des Krebsbestandes erlassen können, wozu sie allerdings die Genehmigung des Bundesrates benötigen.

Eine im Herbst 1935 durchgeführte Erhebung der Eidg. Inspektion für Forstwesen, Jagd und Fischerei hat ergeben, dass der finanzielle Reinertrag aus der Fischerei in sämtlichen Kantonen den beachtlichen Betrag einer halben Million Franken ausmacht. Wenn man dies zu 4 % kapitalisiert, so entspricht dies einem ungefähren Kapitalwert von 12 ½ Millionen Franken. Diese Erhebung weist natürlich ihre Mängel auf. Sie zeigt uns aber trotzdem, dass es sich um ganz beachtenswerte Beträge handelt, die hier in Frage kommen.

II. Die Verunreinigung der Gewässer

In diesem Abschnitt möchten wir, wie bereits früher erwähnt, diese für den Fischschutz ausschlaggebende Frage behandeln. Die Bekämpfung dieses Uebels ist dem Bundesgesetzgeber von solcher Wichtigkeit gewesen, dass er, gestützt auf Art. 21 des Gesetzes eine Spezialverordnung erlassen hat. Dieses Problem stellt unzweifelhaft den Feind Nr. 1 einer gesunden und erfolgreichen Fischwirtschaft dar. Aber gerade die immer wieder auftauchenden Interessenkon-

²⁵⁾ Ich weise hier noch einmal daraufhin, dass mir die Materialien für die praktische Seite des Problems, sowie zum Teil auch die über die Frage der Verunreinigung der Gewässer in verdankenswerter Weise von Herrn Ing. Mathey-Doret, eidg. Fischereiinspektor, zur Verfügung gestellt wurden.

flikte lassen die Schwierigkeiten, die einer Lösung dieser Frage entgegenstehen, ahnen. Denn jede Schutzmassnahme muss immer finanziell in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert des geschützten Objekts, in unserem Falle der Fischerei, stehen. Es lässt sich eben doch darüber streiten, ob es gerechtfertigt ist, Dritten sehr grosse Auslagen für die Errichtung von Kläranlagen, wie sie in der Verordnung gefordert werden, zuzumuten, wenn diese Kosten zusammengerechnet den vielfachen Wert der Fischerei überhaupt ausmachen würden. Diese unüberwindbaren Schwierigkeiten voraussehend, hat die Verordnung auch einige Ausnahmen vorgesehen, die es der Verwaltungsbehörde ermöglichen, auch hie und da ein Auge zu schliessen und die Vorschriften etwas weniger streng auszulegen. Denn ihre strenge Durchführung würde vielfach zum wirtschaftlichen Ruin der betreffenden Unternehmen führen. Andererseits kann bei Gemeinden der Fall eintreten, dass die Errichtung solcher Kläranlagen wohl vorgesehen wird, dass dann aber der Souverän die Vorlage in der Abstimmung verwirft. Es lässt sich in diesem Fall ein Zögern der kantonalen Behörde, einzugreifen, recht gut verstehen. Argumente, die Spezialverordnung gehe mit dem absoluten Verbot des Art. 1, 1 (feste Abgänge) über das Gesetz hinaus, scheinen mir nicht gerechtfertigt zu sein. Wir dürfen, wie oben erwähnt, nicht am Buchstaben kleben, sondern wir müssen den Sinn des Art. 2! B.G. betrachten und dann kommen wir ganz sicher zum Schluss, dass auch solche Stoffe darunter fallen. Diese können dem Fischbestand schon in geringsten Mengen schädlich sein, und daher wird ein absolutes Verbot gerechtfertigt sein. Weiter wird es sehr schwer sein, in der Praxis, wenn es sich nicht gerade um offensichtliche Fälle handelt, festzustellen, wer der Schädiger und damit der Haftende ist.

Schliesslich wäre noch die Frage zu untersuchen, ob, da die Verordnung keine Strafbestimmungen vorsieht, überhaupt eine Sanktion möglich sei. Ich nehme an, ja. Man wird sich auf die Strafbestimmungen des Gesetzes berufen können, auf das sich ja auch die Verordnung stützt.

Der Praxis entnehmen wir noch folgende Ergänzungen des Gesetzes und der Spezialverordnung. Von den Bestimmungen über das Verbot der Ableitung von den Fischbestand schädigenden Stoffen kann nur der betroffen werden, der diese Stoffe durch einen eigenen Abzugskanal in die Fischgewässer ableitet, nicht aber der-

jenige, der dazu die öffentlichen Kanalisationsanlagen benutzt.²⁶⁾ In Ergänzung zu Art. 21 B.G. und Art. 10 Spez. Verordnung wurde festgestellt, dass landwirtschaftliche und gewerbliche Anlagen, die schon vor dem 1. März 1876 bestanden haben, auch ohne Verfügung der kantonalen Regierung dem Bundesgesetz unterstellt werden, wenn die Menge des Abwassers bedeutend grösser geworden ist, als sie damals war.²⁷⁾ Durch das Bundesgericht wurde entschieden, dass nicht der Eigentümer, sondern der technische Leiter einer Fabrik für die Uebertretung — auch fahrlässige — des Fischereigesetzes verantwortlich sei.²⁸⁾

Wir fassen zusammen: Man wird auf Grund des Art. 21 und der Spezialverordnung nicht in genügendem Masse eine Reinhaltung der Fischgewässer erzielen können. Es lässt sich dies praktisch aus den erwähnten Gründen nicht durchführen.

Die Aufstellung einer Pflicht wäre aber von einem anderen Gesichtspunkt aus sehr wünschenswert. Wir denken dabei an die in der Schweiz immer mehr eintretende Verunreinigung der Gewässer und die damit immer mehr eintretende Gefährdung der Gesundheit. Mit ihr argumentiert würde sich auch ein rücksichtsloseres Vorgehen gegenüber den Säumigen rechtfertigen. Wir erlauben uns auf diese Fragen näher einzutreten, da mit ihrer Lösung indirekt auch eines der Hauptziele des Fischereischutzes erreicht würde.

Stehen dem Bunde aber die nötigen Kompetenzen zum Erlass solchen Rechtes zu? Geben ihm die Art. 25, 24 (Wasserbau- und Forstpolizei), Art. 24 bis (Nutzbarmachung der Wasserkräfte) und 61 (Bekämpfung der Krankheiten) diese Kompetenz? Diese Ansicht wird von *Dr. Schmid* vertreten.²⁹⁾ Ihr kann aber nicht beigeptlichtet werden. Wir stellen daher fest, dass dem Bund die Kompetenzen auf diesem Gebiete fehlen.

Vor einigen Jahren ist nun der Bundesrat durch das Postulat von Nationalrat *Zigerli* zum Studium dieser Fragen angeregt worden. Nationalrat *Zigerli* forderte in dem Postulat den Kampf gegen die zunehmende Gewässerverschmutzung und warf die Frage auf,

²⁶⁾ S.J.Z., Bd. 26 S. 234.

²⁷⁾ S.J.Z., Bd. 17 S. 380.

²⁸⁾ B.G.E., 31 I 693. — Zu Art. 21 auch *Burckhardt*, Bundesrecht, Bd. III Nr. 1123 S. 380/81.

²⁹⁾ *Schmid* (Fischereiverwalter des Kantons Bern), «Hilfe unsern Gewässern».

ob nicht eventuell Bundesrecht zu erlassen sei, um diesen Kampf wirksam führen zu können.

Dass die Lösung dieser Fragen immer dringender wird, ist nicht zu bezweifeln. Da dem Bund aber die Kompetenzen fehlen, wäre vorerst einmal eine entsprechende Verfassungsänderung vorzunehmen. In der Zwischenzeit ist tatsächlich ein solcher Verfassungsartikel im Entwurf ausgearbeitet worden. Dieser lautet: «Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über den Schutz der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung zu erlassen.»

Es liegt aber auch schon ein Entwurf für ein entsprechendes Bundesgesetz vor. Seine einschneidendste Massnahme liegt darin, dass bei Zuwiderhandlungen nebst Bussen eine zwangsweise Durchführung der vom Gesetz angeordneten Massnahmen auf Kosten des Säumigen angeordnet werden kann.

Wäre diese neue Einschränkung der kantonalen Hoheit gerechtfertigt? Die Zustände, wie sie heute, wo diese Kompetenzen den Kantonen zukommen, herrschen, lassen diese Frage zumindest nicht einfach verneinen. Sollten sich die Vermutungen, dass die verseuchten Abwasser die Ueberträger des Keimes der Kinderlähmung seien, verdichten, so müsste eine Gesetzgebung auf diesem Gebiet umso dringender gefordert werden und liesse sich dann auch auf Art. 69 B.V. stützen.

Doch haben solche Bestrebungen, die als wünschenswert und dringlich zu betrachten sind, Aussicht auf Erfolg? Wer den Kampf kennt, der bei jeder solchen Kompetenzübertragung von den Kantonen auf den Bund entflammt, hat hier seine berechtigten Zweifel. Sollten sich aber die Zustände noch verschlimmern, so werden auch die Aussichten, eine zweckmässige Gesetzgebung zu erhalten, vergrössert.

III. Abschnitt

§ 19 Die Kompetenzabgrenzung im Jagdgesetz

Bei den Vorarbeiten zum heute geltenden Gesetz musste auf viele Interessen Rücksicht genommen werden. Jäger, Pelzhändler, Kürschner, Büchsenmacher, Waffenhändler, aber vor allem auch

die Landwirtschaft, Natur- und Tierschutz; sie alle kämpften für die Respektierung ihrer Interessen beim Erlass dieses Gesetzes.

Man versuchte, soweit dies möglich war, die Differenzen zu beseitigen und einen Ausgleich der Interessen herbeizuführen. Dies scheint, soviel wir heute beurteilen können, nicht schlecht gelungen zu sein.

Die Revision des Gesetzes von 1904 wurde durch die Motion des Nationalrates Zurburg 1920 verlangt. In dieser fordert er: ³⁰⁾

- «a) Festsetzung der Jagddauer in Rücksichtnahme auf die Lebensweise der verschiedenen Tierarten, ihre Verkaufbarkeit sowie in Bezug auf ihre Nützlichkeit oder Schädlichkeit gegenüber der Landwirtschaft.
- b) Dass das neue Gesetz im Rahmen des möglichen die Kulturen vor den Schäden des Wildes bewahre.
- c) dass das Gesetz den neuesten wissenschaftlichen Forschungen über die Nützlichkeit der verschiedenen Vogelarten Rechnung trage und diese von bundeswegen schütze.»

All diese Befugnisse zusammengefasst bezeichnen wir heute mit dem Ausdruck «Jagdpolizeirecht», wobei wir darunter die Rechtssätze verstehen, welche die unzweckmässige und zerstörende Ausbeutung des staatlichen Wildbestandes verhindern.³¹⁾

I. Die Jagdberechtigung

Das Gesetz bestimmt darüber: «Die Kantone sind verpflichtet, das Jagdwesen in Uebereinstimmung mit diesem Gesetz zu regeln und zu überwachen. Sie ordnen die Voraussetzungen für die Erlangung der Jagdberechtigung und bestimmen das Jagdsystem (Pachtjagd, Patentjagd)» (Art. I B.G.). Es sind also die Kantone, die das Jagdwesen regeln und die es auch überwachen. Sie haben sich dabei allerdings an die Bestimmungen dieses Gesetzes zu halten. Die Regelung erfolgt durch kantonales öffentliches Recht. Die Kantone sind es daher, die die Jagdausschlussgründe und damit indirekt die Voraussetzungen zur Jagdberechtigung ordnen. Gebunden sind sie einzig durch Grundsätze, welche ihnen die Bundesverfassung vorschreibt. Wir denken hier speziell an Art. 60 B.V., der bestimmt,

³⁰⁾ *Stenographisches Bulletin Ständerat*, 1924, S. 268.

³¹⁾ *Hämmerli*, a. a. O. S. 73.

dass sämtliche Kantone verpflichtet sind, alle Schweizerbürger sowohl in der Gesetzgebung wie auch im gesetzlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleichzuhalten. Es taucht die Frage auf, ob ein Kanton befugt ist, als Voraussetzung der Jagdberechtigung die Qualität Kantonseinwohner zu sein, zu fordern oder nicht. Die Praxis schwankte in dieser Frage. Zuerst vertrat der Bundesrat die Ansicht, dass eine solche Verfassungsbestimmung verfassungswidrig sei.³²⁾ Er wich dann aber in einer späteren Entscheidung von dieser Ansicht ab.³³⁾ Es kommt tatsächlich nur darauf an, dass nicht «Kantonsbürger» und «Nichtkantonsbürger» verschieden behandelt werden. Dies ist aber nicht der Fall, wenn das Domizil im Kanton als Voraussetzung verlangt wird und dies auch gegenüber den ausserhalb des Kantons lebenden Kantonsbürgern gilt.³⁴⁾

Wir haben uns noch mit der Stellung des Ausländers bezüglich dieser Frage zu beschäftigen. Vorerst haben wir unter diesen Angehörige von Staaten, die mit der Schweiz einen Niederlassungsvertrag geschlossen haben und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, zu unterscheiden. Erstere haben grundsätzlich Anspruch auf Gleichbehandlung wie Schweizerbürger, letztere aber nicht.³⁵⁾ In neuerer Praxis vertritt der Bundesrat aber die Ansicht, dass auch Ausländer der ersten Kategorie durch die Kantone vom Jagdrecht ausgeschlossen werden können.³⁶⁾ In der Ausnützung der Kompetenz, die wirklich dem Bunde zukommt, beschränkt sich der Bundesgesetzgeber auf grundsätzliche Fragen von allgemeiner Bedeutung. Eine solche Beschränkung ist ihm ja durch den Verfassungsartikel vorgeschrieben. Es ist in diesem Zusammenhang aber nicht zu verleugnen, dass der Bund im geltenden Gesetz seine Kompetenzen weit mehr ausgenützt hat als im früheren und dass daher den Kantonen in der Polizeigesetzgebung nur noch ein ganz unbedeutendes Wirkungsfeld übrig bleibt.

Dagegen hat der Bund auch nach den Bestimmungen des geltenden Gesetzes kein Recht, sich in die Bestimmung des Jagdsystems

³²⁾ *B.BL.*, 1878, II 581. — 1881, II 704.

³³⁾ *Salis*, V Nr. 2111. — *B.BL.*, 1903, IV 423. — *Peter*, a. a. O. S. 69. — *Kaegi*, a. a. O. S. 83.

³⁴⁾ Auch *Burckhardt*, Kommentar B.V., S. 567. — *Burckhardt*, Bundesrecht, III Nr. 1097 II. — *B.G.E.*, 36, I 674.

³⁵⁾ *Peter*, a. a. O. S. 66. — *Burckhardt*, Bundesrecht, III Nr. 1097 I.

³⁶⁾ *Salis-Burckhardt*, Nr. 1895, 1896; *B.BL.* 1913 II 301, 1925, III 371; auch *Hämmerli*, a. a. O. S. 75.

einzumischen, d. h. ob Revierjagd oder Pachtjagd oder ein anderes System von den Kantonen bevorzugt wird. Dies zu bestimmen bleibt ganz den Kantonen vorbehalten. Es geschah dies aus verschiedenen Erwägungen heraus. Es ist zwar sicher, dass in Kantonen mit Revierjagd das Interesse für den Wildschutz verständlicherweise grösser ist als in Kantonen mit Patentjagd. Allerdings können auch in Revieren unvernünftige Abschiessereien stattfinden, nämlich dann, wenn der Jäger nicht sicher ist, das Revier wieder zu erhalten. Andererseits hat historisch gesehen die Revierjagd in der Schweiz nie Wurzeln gefasst (Ausnahme z. B. Aargau). Daher wäre eine bundesrechtliche Vorschrift, die die Revierjagd als einziges in der Schweiz zulässiges System erklärt hätte, auf zu grossen Widerstand gestossen. Wir sind der Ansicht, dass hier ein Gebiet vorliegt, in dem man den Kantonen die Kompetenz ruhig lassen kann.

II. Die Ausübung der Jagd

a) Jagdbare und geschützte Tiere

Der Bundesgesetzgeber bestimmt in den Art. 2—6, welche Tiere jagdbar und welche geschützt seien. Art. 2 gibt uns den ganzen Katalog der jagdbaren und Art. 4 denjenigen der geschützten Tiere. Diese Kompetenz des Bundes ist zusammen mit der Bestimmung der Jagdzeiten in den Art. 7—14 eines der Hauptpostulate des Verfassungsartikels. Art. 3 bestimmt, dass der Bundesrat, wenn die Umstände es erfordern, ausnahmsweise dieses Verzeichnis abändern könne. Ständerat Keller hat anlässlich der Beratungen des Gesetzes in den Räten gegen diesen Artikel Opposition gemacht, indem er ihm vorwarf, dass er eine wenn auch unbedeutende Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung darstelle.³⁷⁾ Diese Auffassung wurde vom Nationalrat nicht geteilt. Da der Ständerat in der Differenzenbereinigung nachgab, haben wir im heutigen Gesetz diese Delegation der Kompetenz an den Bundesrat. In der Doktrin wird diese jedoch nicht als verfassungswidrig angesehen.³⁸⁾

Schliesslich bestimmt Art. 5 noch, dass diese Bestimmungen keine Anwendung auf Tiere in Wildgehegen und zoologischen Gärten finden, und Art. 6, dass in der Schweiz nicht vorkommende Wildarten nur mit Bewilligung des Bundesrats ausgesetzt werden

³⁷⁾ *Stenographisches Bulletin Ständerat*, 1924, S. 278, Votum Keller.

³⁸⁾ *Burckhardt, Kommentar B.V.*, S. 666. — *Fleiner, Bundesstaatsrecht*, S. 414.

dürfen. Dieser Artikel richtet sich hauptsächlich gegen die Plage der wilden Kaninchen, deren Aussetzung überhaupt verboten ist.

Art. 29 gibt den Kantonen die Möglichkeit, diese Bestimmungen zu erweitern, sei dies, indem sie entweder jagdbare Tiere für geschützt erklären, oder indem sie Tiere, die dem freien Fang unterliegen, zu jagdbaren Tieren erklären. Sie haben von diesen Abänderungen dem Bundesrat Mitteilung zu erstatten.

b) Jagdzeiten

Diese werden vom Bunde verschieden bestimmt, je nachdem es sich um Revier- oder Pachtjagd handelt.

Die Bestimmung der Jagdzeiten war für den Gesetzgeber deshalb ein schwieriges Kapitel, weil er dabei auf die verschiedensten Interessen Rücksicht zu nehmen hatte. Einmal ist das Klima in unserem Lande ein sehr verschiedenes. Da aber nicht gejagt werden soll, bevor geerntet wurde, um den Landschaden so gering als möglich zu halten, ist dies eben für verschiedene Landesgegenden zu verschiedenen Zeiten. Dieses gleiche Moment gilt aber auch in bezug auf die zu schießenden Tiere. Die Bestimmung der Jagdzeiten der Revierjagd bereitet bedeutend weniger Schwierigkeiten als die der Pachtjagd.³⁹⁾ Art. 7 zählt uns die verschiedenen Jagdzeiten für Kantone mit Patentjagd und Art. 8 für diejenigen mit Pachtjagd auf. Es wäre hier noch zu erwähnen, dass einzig in Kantonen mit dem Pachtsystem in beschränktem Rahmen (für Auer- und Birkhähne) eine Frühlingsjagd gestattet ist. Dem Revierpächter und den von ihm ermächtigten Personen ist es gestattet, das ganze Jahr sein Revier mit dem Gewehr zu begehen. Will er dabei Raubwild vertilgen, so kann er sich des Vorstehhundes und des Schliefhundes (Dachshund, Terrier) bedienen. (Art. 9 B.G.)

In Art. 10 und 11 werden gewisse Kompetenzen für den Bundesrat vorgesehen. Danach kann der Bundesrat, wenn die Umstände es erfordern, von sich aus oder auf Antrag der Kantone die Bestimmungen über die Jagdzeit dauernd oder zeitweise ändern. Ferner kann er den besonderen Schutz gewisser Tierarten dadurch erreichen, dass er die Jagd auf diese in bestimmten Gebieten zu bestimmten Zeiten untersagt. Schliesslich können Bund und Kantone in Zeiten ausserordentlicher Verhältnisse wie Kriegsgefahr, Seuchengefahr etc. die Jagd in bestimmten Gebieten untersagen.

³⁹⁾ *Stenographisches Bulletin Nationalrat*, 1923, S. 299/300, Voten Zurburg.

Gleichfalls können die Kantone in solchen Fällen mit Zustimmung des Bundesrats die Jagdzeit verlegen.

Die Jagd darf nicht ausgeübt werden in Gebäuden und deren nächster Umgebung, in Baumschulen und Park- und Gartenanlagen, es sei denn, die Bewilligung des Besitzers wurde zuerst eingeholt. Das gleiche gilt für Weinberge, Obstgärten und Gemüsepflanzungen, bevor die Ernte beendet wurde. Ganz verboten wurde die Jagd auf Friedhöfen.

c) Haftung für Jagdschaden

Wo gejagt wird, ist unwillkürlich für Personen und Sachen dieses Gebietes eine Gefährdung vorhanden. Art. 13 und 14 des B.G. beschäftigen sich mit den Haftungsverhältnissen für Schäden, die durch die Ausübung der Jagd entstehen. In den Räten wurde aufs eingehendste diskutiert, ob man bei der Haftung aus Art. 41 O.R. d. h. den auf dem Verschuldensprinzip basierenden Regeln über die unerlaubten Handlungen bleiben wolle, oder ob diese Haftung des Jägers zu verschärfen sei. Im alten Gesetz hatte die Haftung nach Art. 41 O.R. gegolten. Sie zeigte aber viele Mängel und war den besonderen Lagen, die bei der Jagd entstehen konnten, nicht gewachsen. Daher sah der Entwurf des Bundesrats die Kausalhaftung des Jägers vor. D. h., der Jäger resp. der Pächter sollte für allen an Kulturen oder am Grundeigentum verursachten Schaden haftbar erklärt werden. (Art. 14 Entw.) Dieser Vorschlag konnte aber nicht befriedigen, weil er auf der einen Seite die Haftung für Personen- oder Tierschaden nicht vorsieht, aber dann anderseits in unnötig scharfer Weise den Jäger (Pächter) verantwortlich macht für die Schäden, die seine Jagdgäste etc. verursachten. Der Nationalrat schränkte diese Kausalhaftung ein, indem er jeden, der jagte, persönlich haften ließ, anderseits aber die Haftung auf jeden Schaden ausdehnte. Damit war die geeignete Lösung gefunden und es bedeutete nur noch eine kleine Aenderung, dass der Ständerat die Kausalhaftung sogar für den durch Jagdhunde angerichteten Schaden ausdehnte.⁴⁰⁾ Heute haben wir also die Lage, dass jeder, der tatsächlich die Jagd ausübt, der Patentjäger, der Revierpächter, der Jagdgast oder der Jagdkartenträger, der Jagdaufseher, aber auch

⁴⁰⁾ *Stenographisches Bulletin Ständerat*, 1924, S. 310 ff. — *Stenographisches Bulletin Nationalrat*, 1923, S. 276 ff.

der Wilderer, kurz jeder, der tatsächlich die Jagd ausübt, ob mit Recht oder Unrecht, persönlich haftet. Haften dem Geschädigten mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, so kommt Art. 51 O.R. zur Anwendung.

Es würde den Geschädigten wenig nützen, wenn sie wohl den Schädiger auf Schadenersatz belangen könnten, aber, da dieser sich als insolvent erweist, nichts erhalten würden. Das Gesetz sieht daher vor, dass derjenige, der eine Jagdbewilligung oder Jagdpacht erhalten hat, Sicherheit zu leisten habe. Obwohl der Pächter nicht für den Schaden seiner Jagdaufseher oder Jagdgäste haftet, hat er doch für diese Sicherheit zu leisten. In was für einer Form diese Sicherheit geleistet werden soll, darüber bestimmt das Gesetz nichts. Die Kantone haben die Art, das Mass der Sicherheit zu bestimmen und das Verfahren zu regeln. (Art. 14 B.G.)

III. Wild- und Vogelschutz

Die Art. 15—29 bringen uns all die verschiedenen Bestimmungen zum Schutze des Wildes und der Vögel. Wir finden hier die nähern Vorschriften über die Ausscheidung von Bannbezirken, deren Anzahl und über die Aufsicht des Bundes über dieselben. Den Kantonen ist es gestattet, neben den Bannbezirken oder an Stelle derselben kleine Wildasyle zu schaffen. Sie bedürfen dazu der Zustimmung des Bundesrates. Eines ganz besonderen Schutzes bedarf das Wild, wenn die Bannbezirke wieder geöffnet werden. Die Oeffnung darf daher erst erfolgen, wenn die Kantone genügende Schutzmassnahmen getroffen haben. Die Aufsicht des Bundes über die Bannbezirke geht so weit, dass ohne die Zustimmung des Bundesrates kein Raubwild in ihnen verfolgt werden darf. Diese Bestimmungen des Gesetzes sind Rahmenbestimmungen, d. h. es steht den Kantonen frei, weitere Schutzmassnahmen z. B. in Form der Errichtung weiterer Reservationen zu erlassen.

Der Bund erlässt aber nicht nur Bestimmungen zum Schutze des Wildes und der Vögel, sondern er beteiligt sich selbst an den Auslagen, die durch die Verwirklichung dieses Schutzes entstehen. Er übernimmt z. B. die Hälfte der Kosten der Wildhut in den vom Gesetz vorgesehenen Bannbezirken etc.

Er übernimmt aber auch die Hälfte des in den eidgenössischen Jagdbannbezirken entstandenen Schadens, insofern die Kantone

den entstandenen Schaden vergüten. Weitere Beiträge verwendet der Bund zur Besiedlung des Alpengebietes mit Steinwild.

Es ist den Kantonen überlassen worden, Massnahmen gegen wildernde Katzen und Hunde zu treffen.

Bezüglich der Vögel werden ähnliche Massnahmen, wie wir sie soeben zugunsten des Wildes kennen gelernt haben, angeordnet. Den Schutz der Vögel sucht das Gesetz dadurch zu erreichen, dass die Vögel weder gefangen, noch getötet, noch feilgeboten, veräussert oder erworben, noch der Eier oder der Jungen beraubt werden dürfen. Aber auch die Ein-, Aus- und Durchfuhr und der Transport der geschützten lebenden und toten Vögel wird untersagt, sowie der Handel mit Federn zu Modezwecken.

Dass es gestattet ist, nachdem die Bewilligung des Kantons, evtl. des Pachtjägers und Bundes eingeholt worden ist, für wissenschaftliche Zwecke geschützte Vögel zu fangen oder zu töten, ist nur von geringer Bedeutung und braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden, da die Erlaubnis zudem nur an Sachverständige erteilt werden darf. Einrichtungen, die die Kantone zur Erhaltung der Vögel anbringen, die Schonung geeigneter Gebüsch- und Schilfgruppen, Schaffung von Brutreservationen etc. werden durch den Bund finanziell unterstützt.

Das Verständnis zum Schutze soll vergrössert werden. Dieses Ziel glaubt man dadurch erreichen zu können, dass schon die Kinder in der Schule in diesem Sinne erzogen werden.

Bei all diesen Schutzbestimmungen handelt es sich nur um eine lückenhafte Gesetzgebung in den Sinne, dass von den Kantonen noch weitergehende Schutzmassnahmen getroffen werden können (Verlängerung der Schonzeit, Verbot der Jagd an Sonntagen etc.) (Art. 29.)

IV. Schutz gegen Wildschaden

Die Kantone können bestimmen, ob für Wildschaden eine Vergütung zu leisten ist oder nicht. Grundsätzlich sind auf diesem ganzen Gebiet die Kantone kompetent. Schädliches Wild und schädliche Vögel können auch ausserhalb der Jagdzeit durch jagdberechtigte Personen verfolgt werden, dies aber nur, wenn der Kanton die Verfolgung anordnet. Es steht ebenfalls den Kantonen zu, zu bestimmen, unter was für Umständen die Besitzer von Gebäulichkei-

ten, Liegenschaften und Haustieren berechtigt sind, mit oder ohne besondere Bewilligung jagdbare Tiere, die ihnen Schaden zufügen, unschädlich zu machen. Den Kantonen stehen noch viele andere Befugnisse zu. Es sind dies alles Fälle, in denen die Kantone besser geeignet sind, die speziellen Verhältnisse des einzelnen Falles zu beurteilen, als dies in einer Gesamtlösung der Frage durch den Bund der Fall wäre. (Art. 31—34, Abschuss von Krähen, Drosseln etc. — Anhalten des Pächters, bei übermässigem Wildbestand, der zu Schaden führt, auch ausserhalb der Jagdzeit Abschüsse vorzunehmen, etc.)

V. Die Jagdpolizei

a) Jagdpolizei und Oberaufsicht

Wie wir bereits festgestellt haben, hat der Bund nur die ihm absolut notwendig erscheinenden Normen erlassen. Die Kantone sind aber verpflichtet, das Jagdwesen in Uebereinstimmung mit diesen Normen zu regeln und zu überwachen. Die Anweisungen des Bundes, die sich an die Kantone richten, lassen sich in zwei Kategorien einteilen. Einerseits finden wir solche Normen, die den Kanton verpflichten, eine Materie in bestimmter Weise zu ordnen⁴¹⁾, und andererseits solche, die es in den Bereich der Kantone stellen, ob sie die betreffende Materie ordnen wollen oder nicht.⁴²⁾ Die erst-erwähnte Lösung wird der Bund in ihm wichtig erscheinenden Fällen wählen, die zweitgenannte in weniger wichtigen Fällen. Den Kantonen ist daher die Pflicht auferlegt, die vom Bund verlangten zusätzlichen Gesetze zur Regelung der Materie zu erlassen. Sollten die Kantone dieser Pflicht nicht nachkommen, so kann der Bund durch Ersatzvornahme (Erlass von Ausführungsvorschriften zu Bundesgesetzen) eingreifen.⁴³⁾ Der Bund kann in solchen Fällen den Kantonen aber auch den Verordnungsweg öffnen. (Z. B. Art. 75, Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.)

Für die Fälle, in denen der Bund die Kantone bloss ermächtigt, es also in deren Ermessen stellt, ergänzende Vorschriften auszuführen, kann er vernunftgemäss auch keine Ersatzvornahme vornehmen, sondern im Falle, dass die Kantone wirklich solche Vorschrif-

⁴¹⁾ Art. 7, 14, 28, 30₂, 33 B.G.J.V.

⁴²⁾ Art. 11, 16, 18, 19, 23, 25, 26, 29, 30₁, 31, 32, 34, 36₂, 37, 40₄, 43_{1,2}, 46₄, 58₅.

⁴³⁾ Art. 85, Ziff. 3 B.V.

ten erlassen, nur dafür sorgen, dass diese den allgemeinen Grundlinien des Bundesrechts nicht widersprechen.

Da aber die Kantone nicht nur zum Erlass dieser ergänzenden Bestimmungen verpflichtet sind, sondern das Jagdwesen auch zu überwachen haben⁴⁴⁾ und die Jagdpolizei selbst auszuüben haben, und ihnen der Vollzug der Jagdvergehen obliegt, so müssen sie auch die dazu nötigen Organe schaffen. Natürlich steht dann auch über diese dem Bund das nötige Aufsichtsrecht zu.

Was dem Bunde für die Organisierung der Jagdpolizei besonders wichtig erschien, hat er selbst im Gesetz geordnet. Es sind dies die Bestimmungen über die zur Ausübung der Jagdpolizei verpflichteten Personen und deren Aufgaben.⁴⁵⁾ Um die Aufsicht wirkungsvoller zu gestalten, bezieht der Bund auch die eidgenössischen Grenzwächter in diesen Personenkreis ein. (Art. 36, 4.)

b) Der Vollzug des Jagdrechts und das Aufsichtsrecht des Bundes

Der soeben besprochenen Pflicht der Kantone, die Gesetzgebung zu ergänzen, steht die Kompetenz des Bundes gegenüber, die Tätigkeit der Kantone zu kontrollieren. Es ist zweifellos, dass dem Bund gewisse Mittel zur Verfügung stehen müssen, um dafür zu sorgen, dass das Bundesrecht in allen Kantonen richtig angewendet und durchgesetzt wird. Es muss gleichzeitig auch in seinem Bereiche stehen, einen Eingriff der Kantone in seine Kompetenzen abwehren zu können. Dies ergibt sich aus den Grundprinzipien des Bundesstaates.⁴⁶⁾ Art. 102 Abschn. 13 B.V. bestimmt, dass der Bundesrat diejenigen Zweige der Kantonalverwaltung, die seiner Aufsicht unterstellt sind, überwacht. Es darf daraus gefolgert werden, dass dem Bunde das Aufsichtsrecht über die Vollziehung der an die Kantone zur Vollziehung delegierten Bundesgesetze zusteht.⁴⁷⁾ Um dieses Ziel zu erreichen, stehen dem Bunde sowohl präventive wie auch repressive Mittel zur Verfügung.

Als präventives Mittel haben wir die Prüfung der Gesetze und Verordnungen, die seiner Genehmigung bedürfen, zu verstehen. Diese geschieht durch den Bundesrat. (Art. 102 Abs. 13 B.V. und Art. 67 B.G.J.V.)

⁴⁴⁾ Art. 1, 35, 59 B.G.J.V.

⁴⁵⁾ Art. 36—38 B.G.J.V.

⁴⁶⁾ *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 55.

⁴⁷⁾ *Fleiner*, a. a. O. S. 611 ff.

Dies trifft nun auch für den Fall der Jagdgesetzgebung zu, bestimmt doch Art. 67 B.G.J.V.: «Die von den Kantonen zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes erlassenen Bestimmungen, nicht aber die jährlichen Ausführungsverordnungen, bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat.» Im Zusammenhang mit dieser bundesrätlichen Genehmigung stellen sich einige Fragen. Vorerst stellt sich einmal die Frage des Zweckes und der rechtlichen Wirkung dieser Genehmigung. In einer reichen Praxis gibt uns das Bundesgericht Antwort auf sie. Sie hat die Wirkung eines Siebes, das die in einer ersten Prüfung als offensichtlich bundesrechtswidrig befundenen kantonalen Bestimmungen ausscheiden soll. Durch die Nichtgenehmigung werden diese Erlasse nichtig.⁴⁸⁾ Aus dieser Umschreibung können wir aber auch auf die rechtliche Wirkung der Genehmigung schliessen. Wir haben dabei zwei Fälle zu unterscheiden.

Wenn der Bundesrat die Genehmigung verweigert, so ist dies als ein endgültiger Entscheid anzusehen. Denn eine Nachprüfung durch das Bundesgericht käme hier der Abänderung einer bundesrätlichen Verfügung gleich. Eine solche Befugnis steht aber dem Gericht im staatsrechtlichen Rekurs nicht zu.⁴⁹⁾

Mit einer andern Lage haben wir es zu tun, wenn der Bundesrat seine Genehmigung erteilt hat. Da steht es dem Bundesgericht unzweifelhaft zu, den kantonalen Erlass auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen, da die Prüfung des Bundesrates ja nur den Charakter einer vorläufigen Prüfung hatte. Denn oft zeigt sich die Bundesrechtswidrigkeit ja erst in der Anwendung. Die Beschwerde ist daher sowohl gegen die Anwendung wie gegen den kantonalen Erlass selbst gegeben.⁵⁰⁾

Es stellt sich weiter die Frage, ob der kantonale Erlass überhaupt in Kraft treten kann, bevor er die Genehmigung des Bundesrats erhalten hat. Hierüber sind die Meinungen geteilt.

Anfänglich wurde die Ansicht vertreten, dass es den Kantonen

⁴⁸⁾ B.G.E., 71, I 251 E. 3. — Zweck dieser Genehmigung ist nur eine vorläufige Ueberprüfung an sich rechtswirksamer kantonalen Erlasse auf ihre Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht. keine endgültige, abschliessende Prüfung daraufhin, ob der Erlass bei seiner Anwendung zu einem Widerspruch mit dem Bundesrecht oder zur Beeinträchtigung verfassungsmässiger Rechte der Bürger führen kann.

⁴⁹⁾ B.C.E., 52 I 161. — 71 I 251 E. 3.

⁵⁰⁾ B.G.E., 70 I 249 (Frage noch offen). — 71 I 251 E. 3 541 333.

nicht möglich sein solle, ohne die Genehmigung der Bundesbehörden Gesetze oder Verordnungen rechtsgültig zu erlassen.⁵¹⁾ Später entschied der Bundesrat aber, dass, wenn ihr in dem jeweiligen Bundesgesetz nicht ausdrücklich konstitutiver Charakter zugedacht sei, so sei die Genehmigung keine Bedingung für die Wirksamkeit des kantonalen Erlasses.

Es handle sich hier nur um eine deklaratorische Genehmigung.⁵²⁾ Diese Ansicht vertritt nun auch das Bundesgericht, nachdem es zuvor eine schwankende Einstellung zu dieser Frage eingenommen hat.⁵³⁾ Anderer Ansicht ist allerdings Hämmerli, der wohl damit einverstanden ist, dass die kantonalen Gesetze auch ohne Zutun des Bundes mit Gesetzesbefehl ausgestattet werden, der aber dann mit Fleiner der Ansicht ist, dass die kantonalen genehmigungsbedingten Erlasse erst nach bundesrätlicher Zustimmung vollziehbar werden.⁵⁴⁾ Wir sind aber der Ansicht, dass dem Zwecke der Genehmigungspflicht durch den Bund Genüge getan ist, wenn der Bund durch seine Nichtgenehmigung ein auch schon vollziehbares bundesrechtswidriges Gesetz kassieren kann. Denn dieser praktische Erfolg ist ja doch der Hauptzweck der Genehmigung.

Gleicher Ansicht sind wir dann allerdings mit Hämmerli, dass bei den speziellen im B.G.J.V. erwähnten Massnahmen, für die die Genehmigung, Ermächtigung oder Zustimmung des Bundesrats gefordert wird, diese dann konstitutiv wirkt.⁵⁵⁾

Keine solche Bedeutung dürfen wir aber denjenigen Bestimmungen des Gesetzes beimessen, die den Kantonen eine Mitteilungspflicht in bezug auf einzelne Massnahmen auferlegen.⁵⁶⁾ Bei der Errichtung zusätzlicher Schongebiete für das Wild durch die Kantone liegt diesen nicht einmal diese Pflicht unbedingt ob.⁵⁷⁾ Aber auch auf die kantonalen Verwaltungszweige, denen der Bund den Vollzug seiner Gesetze übertragen hat, kann er einwirken.⁵⁸⁾ Er ist von Amtes wegen verpflichtet, darüber zu wachen, dass die Bundesvor-

⁵¹⁾ B.BL, 1903, IV 435 ff.

⁵²⁾ *Salis-Burckhardt*, Nr. 1097, III. — *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichts, 1933, S. 110 f. — *Hämmerli*, a. a. O. S. 86.

⁵³⁾ B.G.E. 52 I 161 (schwankend). — 54 I 333. — 64 I 163 E. 2.

⁵⁴⁾ *Hämmerli*, a. a. O. S. 86.

⁵⁵⁾ Z. B. Art. 6, 11, 16, 25 etc.

⁵⁶⁾ Art. 29, 2 — 62 — V.V.O. 4, 2.

⁵⁷⁾ Art. 19.

⁵⁸⁾ *Fleiner*, Bundesstrafrecht, S. 461, 60.

schriften richtig vollzogen werden.⁵⁹⁾ Es stehen ihm verschiedene Mittel zur Erreichung dieses Zweckes zur Verfügung. Hauptsächlich wird er sich der Kompetenz bedienen, wonach er in Form von Kreisschreiben verbindliche Instruktionen an die Kantone erlassen kann.⁶⁰⁾ Diese Vorschriften kann er aber nur an die kantonalen obern Behörden, nicht aber an die einzelnen Beamten richten.⁶¹⁾

Es steht dem Bund auf dem ganzen Gebiet der Jagdverwaltung, soweit sie sich des Bundesrechts zu bedienen hat, ein Inspektionsrecht zu.⁶²⁾ Dies ergibt sich aus der Pflicht, für eine richtige Vollziehung der Bundesgesetzgebung zu sorgen.

Der Bund nimmt aber dieses Inspektionsrecht ausdrücklich nur für die eidg. Bannbezirke in Anspruch, welche er regelmässig durch Jagdinspektoren oder andere Beamten kontrollieren lässt. Diese Kontrolle erstreckt sich auch auf die Tätigkeit der kantonalen Wildhüter.⁶³⁾ In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass die Kantone alljährlich dem eidg. Departement des Innern einen Bericht über die Wildhut und den Wildbestand der in ihrem Gebiet gelegenen eidg. Bannbezirke abzugeben haben.

Es wäre zum Abschlus noch zu untersuchen, inwieweit der Bundesrat und inwieweit das Bundesgericht Rekursinstanz für den Bürger ist, der eine Verletzung eidg. Rechts geltend machen will.

Art. 102 Ziff. 2 B.V. bestimmt, dass der Bundesrat für die Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes, sowie der Vorschriften eidg. Konkordate zu sorgen habe. Er soll zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde die erforderlichen Verfügungen treffen. Nicht in seinen Aufgabenkreis fallen die Rekurse, die nach Art. 113 B.V. dem Bundesgericht zur Beurteilung übertragen sind. Art. 113 bestimmt aber in einem Vorbehalt, dass die durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden Administrativstreitigkeiten nicht durch das Bundesgericht beurteilt werden. Also hat der Bundesrat gemäss Art. 125 b O.G. zu urteilen.⁶⁴⁾

⁵⁹⁾ *Fleiner*, a. a. O. S. 55.

⁶⁰⁾ *Fleiner*, a. a. O. S. 461. — Solche Weisungen stellen sich rechtlich als Verwaltungsverordnungen dar. Die Zuständigkeit zu ihrem Erlass ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht des Bundesrates zur Vollziehung der Bundesgesetze. (B.V., Art. 102, Ziffer 2.)

⁶¹⁾ *Burckhardt*, Kommentar B.V., Art. 102, Ziffer 13, S. 740.

⁶²⁾ *Fleiner*, a. a. O. S. 60.

⁶³⁾ V.V.O. B.G.J.V., Art. 7, 8.

⁶⁴⁾ Auch B.G.E. 52 I 161.

Wir fassen zusammen. Wenn keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger gegeben ist, so ist eine Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat zu richten. Werden aber eine Verwaltungsbeschwerde und eine staatsrechtl. Beschwerde gleichzeitig eingereicht, so wird nach Art. 86 O.G. auf jeden Fall die erstere zuerst behandelt.

Fühlt sich ein Kanton durch eine Massnahme des Bundes in seinen Kompetenzen verletzt, so hat er nach Art. 113 B.V. den Kompetenzkonflikt anzustrengen.

Die Verwaltungsbeschwerde ist aber nur da gegeben, wo sich der Streit um Bundesrecht und entsprechendes kant. Ergänzungrecht handelt, nicht aber dort, wo es sich um autonome Normen des kant. Jagdrechtes handelt (alle Best., die sich aus dem Jagdregal ergeben).

VI. Das Jagdstrafrecht

Die Missachtung jagdrechtlicher Vorschriften muss geahndet werden. Scharfe Strafandrohungen sind unbedingt nötig, denn ohne solche werden die Schutzbestrebungen gar nicht durchzusetzen sein. Trotz dieser Einsicht wurde in den Beratungen in den Räten von verschiedener Seite beanstandet, die Strafminima seien unvernünftig hoch angesetzt.⁶⁵⁾

Wir haben es im Jagdstrafrecht mit den verschiedensten Tatbeständen zu tun. Sobald jemand einen solchen in einen Rechtsatz gekleideten und mit einer Strafe bedrohten Tatbestand erfüllt, liegt ein Jagdvergehen vor.

Kaegi⁶⁶⁾ versucht etwas Ordnung in die Vielzahl der Normen zu bringen und unterscheidet zu diesem Zwecke drei verschiedene Arten.

- a) Erstens Normen zum Schutze der Tiere (Strafvorschriften gegen das Jagen während der Schonzeit, in Bannbezirken, das Jagen von Schonwild etc.).
- b) Zweitens Normen zum Schutze der Menschen (Strafvorschriften gegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, gegen die Jagd in eingefriedeten Gütern etc.).

⁶⁵⁾ *Stenographisches Bulletin Nationalrat*, 1923, S. 306 ff., Voten Zurburg, Brodtbeck, Grünefelder.

⁶⁶⁾ Kaegi, a. a. O. S. 201.

- c) Drittens Normen zum Schutze des Menschen und des Wildbestandes (Strafvorschriften gegen das Jagen ohne Patent etc.).

Die strafrechtlichen Normen des Jagdgesetzes bilden einen Teil des Nebenstrafrechtes des Bundes. Die Kompetenz, solches Nebenstrafrecht zu erlassen, steht dem Bund zweifellos zu. (Art. 64 bis B.V.).

Blicken wir kurz auf die Entwicklung der Kompetenzabgrenzung im Jagdstrafrecht zurück. Im Bundesgesetz von 1875 zählte der Bund die Jagddelikte auf und schrieb für sie nur Strafminima vor. Dies hatte die Folge, dass der Bund den Gegenstand, der Kanton die Straftat und das Strafmass bestimmte.⁶⁷⁾

Im Entwurf von 1891, der nie zum Gesetz wurde, war ein einheitliches Strafsystem vorgesehen. Im Bundesgesetz von 1904 wurden 7 Strafklassen gebildet und bezüglich der Straffolgen abgestuft. Der Bund unterwarf damit das gesamte Jagdstrafrecht seiner Gesetzgebung, indem er auch die Straffolgen festsetzte.⁶⁸⁾ Je gefährlicher eine Zuwiderhandlung in Bezug auf die Erreichung der Zwecke des Gesetzes war, desto höher wurden die Strafansätze bemessen.

Im neuen heute geltenden Jagdgesetz wird die Kompetenzabgrenzung ausdrücklich durch Art. 65 B.G.J.V. bestimmt. Darnach haben die Kantone kein Recht, die in diesem Gesetz aufgestellten Strafandrohungen zu verschärfen oder zu mildern.⁶⁹⁾ Sie sind jedoch insofern zum Erlass von Strafbestimmungen berechtigt, als ihnen nach Massgabe des Bundesgesetzes die Befugnis zur Ordnung des Jagdrechts zusteht.

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob nur vorsätzlich begangene Vergehen bestraft werden. Das schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 bestimmt in Art. 18 grundsätzlich, dass, wenn es das Gesetz nicht anders vorsieht, nur strafbar ist, wer ein Vergehen oder Verbrechen vorsätzlich verübt.⁷⁰⁾

Entgegen dieser Bestimmung finden wir in Art. 333 St.G.B. die Lösung für unseren Spezialfall, da es sich hier ja um Nebenstrafrecht handelt. Es heisst dort: «Die in andern Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Uebertretungen sind strafbar, auch wenn sie fahrlässig begangen werden, sofern nicht nach dem Sinne der Vorschrift

⁶⁷⁾ Kaegi, a. a. O. S. 206.

⁶⁸⁾ Burchkard, Kommentar B.V., S. 593.

⁶⁹⁾ Burchkard, Bundesrecht, Bd. III Nr. 1096 I.

⁷⁰⁾ Auch S.J.Z., Bd. 29 S. 82.

nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist. Die Begnadigung richtet sich stets nach den Vorschriften dieses Gesetzes.»

Daher muss uns also das B.G.J.V. selbst den Weg weisen. Art. 55 B.G.J.V. lässt uns denn auch die Lösung finden. Es werden dort die Artikel angeführt, deren Strafandrohung nur für das vorsätzliche Jagdvergehen gelten sollen. Für fahrlässige Handlungen braucht sich der Richter nicht an das Mindestmass zu halten.

Durch Revision des Gesetzes wurde eine Milderung aufgenommen, die für die gleichen Artikel gilt ⁷¹⁾: «Erweist sich die vorsätzliche Widerhandlung als geringfügig, oder sind die Beweggründe oder die persönlichen Verhältnisse des Täters derart, dass die Anwendung der gesetzlichen Mindestmasse als eine offenbare Härte erschiene, so kann die Strafbehörde bei der Strafzumessung bis auf die Hälfte des gesetzlichen Mindestmasses der Busse hinuntergehen. Sie hat dies jedoch im Strafentscheid zu begründen. Sämtliche Strafentscheide dieser Art sind der Bundesanwaltschaft ohne Verzug mitzuteilen.

Für allgemeine strafrechtliche Fragen, die in den strafrechtlichen Bestimmungen des B.G.J.V. nicht geregelt sind, finden die Grundsätze des allgemeinen Teils des Schweiz. Strafgesetzbuches Anwendung (Art. 333 St.G.B.).

Die Verfolgung und die Beurteilung der Jagdvergehen liegt den Kantonen ob. (Art. 59, 1 B.G.J.V.) Die kantonalen Verfahrensvorschriften gelten, soweit nicht das BGJV etwas anderes bestimmt. (Art. 59, 2 B.G.J.V.)

Die Art. 60—65 sollen denn solche spezielle Vorschriften darstellen. Sie haben aber nicht unbedingt prozessrechtlichen Charakter. Interessant ist hier noch zu erwähnen, dass das Departement des Innern von allen rechtskräftigen Urteilen, welche den Ausschluss von der Jagdberechtigung aussprechen, in Kenntnis gesetzt werden soll. Es kann durch den Bundesanwalt bundesrechtswidrige Urteile der kantonalen Gerichte mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht anfechten. ⁷²⁾

In der Praxis wird dieser Pflicht von Kanton zu Kanton ganz verschieden nachgekommen, und viele Kantone halten es nicht für nötig, die Urteile regelmässig einzusenden. ⁷³⁾

⁷¹⁾ B.G., 13. Juni 1941.

⁷²⁾ Art. 270, 2, Gesetz über Bundesrechtspflege.

⁷³⁾ Nach Aussagen von Dr. Zimmerli, eidg. Jagdinspektor.

§ 20 Die Kompetenzabgrenzung auf dem Gebiet des Zivilrechts

Die Art. 664 und 718/19 des schweizerischen Zivilgesetzbuches veranlassen uns, auf dieses Gebiet näher einzutreten. Nach Art. 664 stehen die herrenlosen und öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Kantons, in dessen Gebiet sie sich befinden. Das kantonale Recht soll über die Aneignung, Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen Bestimmungen enthalten.

Dem gegenüber finden wir im Z.G.B. selbst (Art. 718) eine bundesrechtliche Bestimmung. Sie führt aus, dass eine herrenlose Sache dadurch zu Eigentum erworben wird, dass jemand sie mit dem Willen, ihr Eigentümer zu werden, in Besitz nimmt. Wie stehen sich diese beiden Normen gegenüber, oder, anders gefragt, in was für einem Rahmen kann der Kanton noch neben dem Bund über die Aneignung herrenloser Sachen legislieren? Das Z.G.B. selbst gibt uns direkt keine Antwort darauf. Die Judikatur und die Gerichtspraxis ist verschiedener Ansicht darüber, ob den Kantonen durch Art. 664 auch die Kompetenz gegeben wird, zivilrechtliche Bestimmungen über die Aneignung zu erlassen, ob es sich also um einen echten Vorbehalt handle, oder ob die Kantone bloss zum Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften ermächtigt seien, welches Recht ihnen ja aber schon aus Art. 6 Z.G.B. zusteht. Dieser bestimmt, dass die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden. Diese Richtung betrachtet Art. 664 als nähere Ausführung zu Art. 6 Z.G.B. und nimmt somit an, dass er nur einen sog. unechten Vorbehalt darstelle. Vertreter der ersterwähnten Ansicht ist z. B. *Egger*, der darüber folgendes ausführt: «Dagegen will die Unterstellung der herrenlosen und öffentlichen Sachen unter das kantonale Recht (Art. 664) auch die privatrechtliche kantonale Regelung vorbehalten.»⁷⁴⁾ Auch das Bundesgericht ist dieser Meinung, wenn es in einem Entscheid ausführt: «Dieser Vorbehalt ermächtigt die Kantone nicht nur zum Erlass einschlägiger privatrechtlicher Vorschriften im Sinne des Art. 5 Z.G.B., sondern im gleichen Rahmen auch, in spezieller Erweiterung des Art. 6 Abs. 1 Z.G.B. zu selbständiger öffentlich-rechtlicher Ordnung der Materie.»⁷⁵⁾ Wenn aber die Kantone befugt wären,

⁷⁴⁾ *Egger*, Kommentar Z.G.B., 1930, Art. 5 II Nr. 1.

⁷⁵⁾ *B.G.E.* 44 I 169 ff.

privatrechtliche Bestimmungen aufzustellen, indem sie sich dabei auf Art. 664 Z.G.B. stützen würden, so würde dies dazu führen, dass sie Bestimmungen erlassen könnten, die von denjenigen des Art. 718 Z.G.B. (bundesrechtliche Okkupationbestimmungen für herrenlose Sachen) abweichen und diesen vorgingen. *Meli* ⁷⁶⁾ behauptet, dass dieser Fall in der Praxis auch schon vorgekommen sei. Er nimmt dies an für den § 34 des zürcherischen Jagdgesetzes, der bestimmt, dass gefallenes Wild dem Pächter, in Schongebieten dem Staate oder den Gemeinden, die das Schongebiet geschaffen haben, g e h ö r e.

Ueber diese Norm ist in dem eben erwähnten Sinne eine Meinungsverschiedenheit aufgetreten, indem das Zürcher Obergericht in einem Entscheid die Ansicht *Eggers* und des Bundesgerichts vertrat.⁷⁷⁾

Anderer Ansicht sind vor allem *Leemann*, *Haab* und *Fleiner*.⁷⁸⁾ ⁷⁹⁾ ⁸⁰⁾ Die Anhänger dieser Auffassung vertreten in unserem speziellen Fall des Zürcher Jagdgesetzes § 34 den Standpunkt, dass diese Norm falsch redigiert worden sei.⁸¹⁾ Man sei weit davon entfernt, das Fallwild als Eigentum des Revierpächters zu erklären. Es sei nur der Wille des Gesetzes, dem Revierpächter ein Okkupationsrecht daran zu geben.

«Das Recht des Jägers ist nicht ein solches am Wilde, sondern ein solches a u f das Wild. Es ist ein obligatorisches Ausschlussrecht auf eine bestimmte Art des Eigentumserwerbs, nämlich auf Okkupation des Wildes. Zu bestimmen, wem dieses Ausschlussrecht zukommt, dies ist u. a. der Inhalt der den Kantonen zustehenden Regalhoheit, d. i. der monopolistischen Verfügungsbefugnis über die Jagd.»⁸²⁾ Nach dieser Auffassung umfasst der Begriff der Jagd auch die Okkupation von Fallwild und die Erteilung der Berechtigung dazu fällt ebenfalls in die Kompetenz der Kantone und bilde auch keinen Eingriff in die zivile Gesetzgebungskompetenz des

⁷⁶⁾ *Meli*, Ueber den Erwerb des Eigentums an Jagdwild, S.J.Z., Bd. 32, S. 245 ff.

⁷⁷⁾ *Hämmerli*, a. a. O. S. 95.

⁷⁸⁾ *Leemann*, Kommentar Sachenrecht, 1920, Art. 664 Nr. 1.

⁷⁹⁾ *Haab*, Kommentar Sachenrecht, Art. 699 III Nr. 2.

⁸⁰⁾ *Fleiner*, Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz, 1929, S. 13.

⁸¹⁾ *Meier*, Kantonales Jagdrecht u. Bundeszivilrecht, S.J.Z., Bd. 32 S. 327 ff.

⁸²⁾ *Meier*, Kantonales Jagdrecht und Bundeszivilrecht, S.J.Z., Bd. 32, S. 327.

Bundes, da diese ja nur bestimme, unter welchen Voraussetzungen der mit dem Jagdrecht Beliehene am Jagdwild Eigentum erwirbt. Zur gleichen Ansicht kommt auch *Hämmerli* in seinen Ausführungen. Ich schliesse mich dieser Ansicht, die mir logisch erscheint, an. Ich erblicke also in Art. 664 einen unechten Vorbehalt zugunsten der Kantone. Es handelt sich dabei nur um eine nähere Ausführung zu Art. 6 Z.G.B.

Trotzdem können die Kantone durch Spezialermächtigung befugt sein, auf bestimmten Gebieten des Jagdrechts privates Recht zu setzen. Art. 33 des Gesetzes (resp. 56, 3 O.R.) stellt eine solche Ausnahme dar, indem die Kantone befugt werden, zu bestimmen, ob für Wildschaden eine Vergütung zu leisten sei.

Art. 699, 2 Z.G.B. hätte früher einen solchen Fall darstellen können, ist aber heute zum grössten Teil durch Art. 12 und 43, 7 B.G.J.V. überholt.⁸³⁾ Denn Art. 699, 2 bestimmt, dass das kantonale Recht über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei nähere Vorschriften aufstellen könne. Demgegenüber führt Art. 12 B.G.J.V. aus: «Ohne Bewilligung des Besitzers darf die Jagd nicht ausgeübt werden in Gebäuden und deren nächster Umgebung, in Baumschulen, Park- und Gartenanlagen, sowie bis nach beendigter Ernte in Weinbergen, Obstgärten und Gemüseplantagen. In Friedhöfen darf die Jagd nicht ausgeübt werden.»

Und Art. 43, 7 BGJV stellt dazu die nötigen Strafandrohungen auf.

§ 21 Kritik und Ausblick

Hat sich das geltende Jagdgesetz in der Praxis bewährt, oder machen sich bereits Revisionsbestrebungen geltend?⁸⁴⁾ Es kann ruhig festgestellt werden, dass sich das Gesetz bewährt hat. Natürlich wird bei einer solchen Materie, bei deren Regelung die verschiedensten Gruppen ihre Interessen gewahrt wissen wollen, immer die eine oder die andere finden, dass in diesem oder in jenem Punkt ihre Interessen nicht genügend gewahrt wurden.

⁸³⁾ *Haab*, Kommentar Sachenrecht, Art. 699.

⁸⁴⁾ Die Angaben für diesen Abschnitt wurden mir in zuvorkommender Weise durch Herrn Dr. Zimmerli, eidg. Jagdinspektor, zur Verfügung gestellt.

Gerade die schweizerische Gesetzgebung ist aber sehr fortschrittlich in Bezug auf Natur- und Tierschutz. Der heute trotz des Krieges (Wild war im Gegensatz zum übrigen Fleisch nicht rationiert) immer noch beachtenswerte Wildbestand dürfte der beste Beweis dafür sein, dass sich das Gesetz bewährt hat. Leider rissen die Milderungsgründe, die mit der Revision des Art. 55 aufgenommen wurden, eine Lücke in die sonst gerechtfertigterweise scharfen Strafandrohungen.

Eine Revision aus dem Bedürfnis heraus, den Inhalt des Gesetzes zu verbessern, wird in absehbarer Zeit nicht nötig werden.

Dagegen muss gezwungenermassen durch die Finanzreform des Bundes eine solche bezüglich der Subventionspolitik des Bundes eintreten. Es wird die Aufgabe des Bundes sein, die wenigen ihm noch zur Verfügung bleibenden Mittel so anzuwenden, dass ihm in den wichtigen Gebieten der nötige Einfluss bewahrt wird, denn dies gelingt bekannterweise besser, wenn er, statt nur zu diktieren auch unterstützt.

